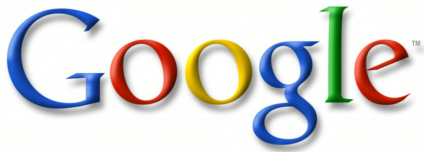


FRANCE

LE DROIT CONSTITUTIONNEL

DE LA BELGIQUE

PRINCIPAUX OUVRAGES DU MÊME AUTEUR

Code Rural Belge. — Commentaire méthodique et doctrinal avec un préambule de M. Edmond PICARD, rédacteur en chef des *Pandectes Belges, 1887.*

Droit administratif notarial. — Législation, règlements, jurisprudence, formules, 1895.

Manuel de législation douanière, 1902.

O. ORBAN

DOCTEUR EN DROIT, DOCTEUR EN PHILOSOPHIE ET LETTRES
PROFESSEUR DE DROIT PUBLIC ET ADMINISTRATIF A L'UNIVERSITÉ DE LIÉGE.

LE DROIT CONSTITUTIONNEL
DE LA BELGIQUE

TOME I

INTRODUCTION ET THÉORIES FONDAMENTALES



LIÉGE
H. DESSAIN, IMPRIMEUR-ÉDITEUR
RUE TRAPPÉ, 7.

PARIS
V. GIARD & E. BRIÈRE, LIBR.-ÉDITEURS
16, RUE SOUFFLOT ET 12, RUE TOULLIER

1906

INTRODUCTION GÉNÉRALE



AVANT-PROPOS.

1. Raison d'être de ce traité.

Un traité complet de Droit constitutionnel Belge fait défaut. Les bons ouvrages que nous possédons sur ce sujet sont l'œuvre de commentateurs (1), ont pris la forme de *Dictionnaires* (2), ou ne dépassent pas les proportions de *manuels* destinés à l'enseignement moyen (3).

Il manque à notre littérature juridico-politique un livre semblable à ceux d'*Esmein* pour la France (4), de *Laband* pour l'Allemagne (5), de *Buys* pour la Hollande (6), de *Dicey* (7) ou d'*Anson* (8) pour l'Angle-

(1) Exemple : le Commentaire très apprécié de M. Thonissen, 1844, 1876, 1879.

(2) Giron. Dictionnaire de Droit public et administratif 1895.

(3) *Masson et Wiliquet*. Manuel de Droit constitutionnel, 7me édition. Mons 1902.

F. Collard. Notions sur La Constitution et les lois organiques, 11me édition chez Castaigne Bruxelles.

Maurice Damoiseaux. Les institutions nationales de la Belgique, Tournai 1902.

(4) Eléments de Droit constitutionnel Français et comparé. 2me édition. Paris 1899.

(5) Le Droit public de l'Empire allemand. Traduction Française en 6 volumes. Paris, Giard et Brière.

(6) De Grondwet. 3 vol. Arnheim, 1883 et 1884.

(7) Introduction to the study of the law of the Constitution. London. Macmillan 1897 (une traduction Française vient de paraître à Paris chez Giard et Brière).

(8) The law and custom of the Constitution. Oxford, Charendon 1892. — 2 volumes.

terre, de *Palma* (9) ou d'*Orlando* (10) pour l'Italie, de *Burgess* (11) pour les Etats-Unis, etc.

L'œuvre dernière et magistrale d'Emile de Laveleye (*Le gouvernement dans la Démocratie*, 1891) forme deux volumes consacrés tout entiers à l'exposé des doctrines politiques, à d'intéressants chapitres d'histoire, et même de sociologie. — L'analyse des principes juridiques, le commentaire et l'interprétation des textes, l'étude des controverses n'y tiennent pas de place.

Le traité à écrire représente une tâche considérable: l'on ne pourrait se borner, en effet, à l'étude de notre Constitution dans sa lettre et dans ses applications à notre vie nationale; il faudrait s'attacher à relier notre Droit public à ses origines historiques, à lui assigner sa place dans l'évolution des idées et des régimes, à déterminer ses rapports avec la Science de l'Etat (12) ou Droit public général.

L'on pressent les difficultés à résoudre, les obstacles à éviter ou à vaincre.

Parmi ces difficultés, la plus redoutable peut-être, réside dans l'ébranlement actuel des principes politiques, dans l'imprécision des idées fondamentales, dans le désaccord inquiétant qui sépare les meilleurs esprits sur les notions essentielles.

Il n'est pas une de ces notions qui de nos jours ne soit secouée, mise en péril par des critiques et des analyses impitoyables.

Il y a peu de temps, un auteur Français, *Léon Duguit* (13), publiait un livre fort remarqué, très au courant de la science allemande, dans lequel il se fait l'adversaire décidé des no-

(9) Corso di Diritto Constituzionale. Firenze 1883 à 1885, 4 volumes.

(10) Principes de Droit public et constitutionnel. Edition Française. Paris, éditeur Fontemoing, 1902.

(11) Political science and comparative law. Boston 1890.

(12) *Science* politique — *Politics* — *Political science* — *Politik als Wissenschaft*.

(13) *L'Etat, le Droit objectif et la loi positive*. Paris, Fontemoing, 1901. — V. l'analyse qu'en fait la *Revue de Droit public* (directeur Larnaude, Paris), tome XVII, p. 346 ss

tions traditionnelles de souveraineté et de personnalité de l'Etat. Le récent ouvrage du marquis de *Vareilles Sommières* (14) ne vise à rien moins qu'à l'anéantissement de la théorie régnante sur la personnalité morale ou juridique.

En dépit des doutes et des controverses, l'heure nous paraît bonne cependant pour tenter une synthèse générale et méthodique de notre Droit constitutionnel. En matière politique, les querelles de pure doctrine se sont apaisées ; les luttes de l'heure présente sont livrées sur un autre terrain, celui des questions sociales.

Quinze années d'études, de lectures et de réflexions ont affermi notre esprit dans l'adhésion à des théories et à des principes, dans lequel nous voyons le fondement solide de l'œuvre à édifier. Nous croirions manquer à un impérieux devoir, si, reculant devant une accusation de témérité ou devant la crainte de l'effort à accomplir, nous hésitions à prendre notre part du travail qui s'impose, à apporter notre pierre à l'édifice scientifique à élever.

2. Objet de cette introduction. Nous plaçons en tête du présent ouvrage, une *Introduction générale au Droit constitutionnel Belge.* Nous la diviserons en 4 chapitres.

Ne convient-il pas d'abord de définir le domaine à parcourir, de délimiter ses frontières, ses points de contact avec les territoires scientifiques voisins ?

Les chapitres I et II répondent à cette nécessité : ils s'occuperont respectivement de la notion du Droit constitutionnel, et des Sciences auxiliaires de cette branche juridique.

Le chapitre III fera l'histoire sommaire des doctrines politiques ; le chapitre IV décrira les origines et les sources du Droit public Belge.

(14) Doyen de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Lille : *Les personnes morales.* Ce livre se distingue, comme le premier volume des *Principes fondamentaux du droit* du même auteur, par de brillantes qualités juridiques et par une grande indépendance de pensée.

Ces deux chapitres répondent au but indiqué : étudier la Constitution Belge dans le cadre du *Droit public général moderne.*

Ce droit n'est-il pas le produit de l'histoire, de l'évolution des doctrines et des institutions ?

Pourrait-on dès lors, sans se rendre compte de la marche des idées et de la succession des régimes, connaître et comprendre ce Droit général et découvrir les liens par lesquels s'y rattachent les institutions Belges ?

CHAPITRE I.

Notion du Droit Constitutionnel.

3. Droit public et Droit privé. La division du Droit en public et privé est fondamentale ; elle domine la science juridique. *Ulpien*, dans un texte resté classique (1) semble lui donner pour base la distinction entre l'intérêt général et l'intérêt particulier.

Il est pourtant certain que le Droit privé contient d'innombrables dispositions inspirées par des motifs d'utilité sociale (2), et que d'autre part on rencontre dans le Droit public (3) des dispositions édictées en vue de sauvegarder des intérêts particuliers (4).

(1) *Hujus studii duæ sunt positiones, publicum et privatum ; publicum jus est quod ad statum rei Romanæ spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem : sunt enim quædam publice utilia, quædam privatim.*

(2) Art. 6, tout le premier livre, les art. 898 et 900 du Code civil.

(3) L'art. 11 de la Constitution, les exemptions de milice.

(4) En 1898 a paru à St-Pétersbourg la 5me édition d'un *Cours de théorie générale du Droit*, ayant pour auteur un professeur de l'Université de Moscou, *M. Korkounov*, et dont la traduction Française vient de paraître (Paris, librairie Giard et Brière). L'on y trouve la critique de la définition d'Ulpien. « Les intérêts ne peuvent être opposés suivant qu'ils sont publics » ou privés ; ils n'existent, en effet, nulle part ailleurs que chez l'homme et » tout intérêt général n'est pas autre chose qu'une réunion d'intérêts indi- » viduels. On peut dire, en un certain sens que tout le droit est créé pour la » protection des intérêts individuels, c'est-à-dire d'intérêts privés.

» D'autre part la protection juridique n'est accordée qu'à ceux de ces » intérêts individuels, qui ont une portée générale plus ou moins grande.... » Dans ce sens, on peut dire que le droit ne protège que les intérêts géné- » raux. On peut distinguer encore parmi les intérêts publics et les diviser à » leur tour ; mais... pareille distinction ne répond pas à ce qui existe réelle- » ment : on ne peut pas établir comme règle que le Droit public s'occupe » d'intérêts plus généraux et le Droit privé d'intérêts qui le sont moins.

» Les fautes commises, au cours d'une campagne, par un entrepreneur de » fournitures, fautes qui peuvent amener la famine dans tout un corps » d'armée et entraîner la défaite, ont un intérêt beaucoup plus général que » l'élection d'un membre à un conseil municipal quelconque. Et cependant » dans le premier cas le marché des fournitures relève du Droit civil et dans

La théorie qui prend l'intérêt général comme principe du Droit public est d'ailleurs périlleuse ; elle fait de cet intérêt la suprême raison d'Etat ; elle érige en maxime fondamentale la règle païenne : *Salus populi suprema lex esto ;* elle l'invoque pour justifier les mesures les plus injustes, les actes les plus arbitraires, la dictature, la suspension de la Constitution et des lois, l'établissement de tribunaux extraordinaires. Pour rendre raison des droits de l'Etat, de son autorité, de ses prérogatives, il faut s'élever à une notion plus haute que l'intérêt général, reconnaître en l'Etat une institution nécessaire, imposée aux sociétés humaines ; et pour atteindre cette idée, étudier l'homme et la société politique dans leur nature et dans leurs rapports essentiels.

La division du Droit en public et privé résulte de la diversité même des choses, dont ces deux branches du Droit s'occupent.

L'objet des règles juridiques est de réglementer les rapports et d'organiser les groupements ou éléments sociaux en vue de réaliser l'ordre et le progrès.

Or, il y a des groupements dont les membres de la société font partie, et des rapports dans lesquels ils sont impliqués en tant qu'individus, abstraction faite de leur qualité de citoyens ; groupements et rapports totalement étrangers à ceux auxquels donnent lieu la formation et l'activité de la puissance publique. Les familles et les relations d'autorité, d'obéissance et de parenté qui en dérivent, les propriétés et les rapports contractuels ou non auxquels elles donnent naissance sont les éléments et les rapports constitutifs de la vie privée ou civile, opposée à la vie publique ou politique.

L'Etat, c'est-à-dire la puissance ou l'autorité publique est dans la Société un élément tout spécial, une institution naturelle et nécessaire sans doute, mais qu'il faut organiser,

» le second la nomination d'un fonctionnaire relève du Droit public. De » même encore l'organisation d'un ministère présente un intérêt incomparablement moins grand et moins général que le règlement de la transmission des immeubles ou du louage de services, et cependant dans le premier » cas, nous sommes dans le domaine du Droit public, et dans le second cas, » dans celui du Droit privé. »

dont il faut régler l'existence et le fonctionnement, et qui donne lieu par ses contacts avec d'autres Etats et dans chacun avec la société, à des relations, dans lesquelles l'homme est impliqué comme citoyen, relations qui sont étrangères à sa vie privée, qui constituent plutôt la vie de l'Etat ou la vie politique, et nécessitent l'élaboration de règles juridiques spéciales.

Le **Droit privé** organise et réglemente les relations individuelles, c'est-à-dire les relations de famille, les questions de fortune et les rapports d'intérêt auxquels donne lieu la vie privée.

Le **Droit public** ne pourvoit pas aux exigences des relations individuelles ; il ne s'occupe des personnes que pour régler leur participation à la vie de l'Etat et déterminer leurs droits et obligations par rapport à lui. L'organisation des pouvoirs, la définition de leurs prérogatives vis-à-vis de la société, c'est-à-dire vis-à-vis des citoyens et des groupements de citoyens qui la composent : tel est son objet. *On peut le définir : cette partie du Droit qui a pour mission de régler l'organisation et l'exercice de la puissance publique.*

4. Droit des gens.

Les peuples forment une vaste société, dont les Etats sont les membres.

Nombreuses et complexes sont les relations internationales: elles ne peuvent échapper aux prescriptions morales et juridiques. La partie du Droit qui organise et réglemente la société internationale et les relations *inter gentes* ne relève certes pas du Droit privé. — L'on a voulu en faire une partie du Droit public sous le nom de *Droit public international* (5) ou *Droit public externe.* Il paraît préférable d'en faire une branche indépendante sous le nom plus exact de : **Droit des gens (Jus gentium).**

(5) Nous avons dit ailleurs (*Encyclopédie du Droit*, n°s 340 ss.) que la partie du Droit connue sous le nom de *Droit international privé* est mal dénommée; elle s'identifie avec la *théorie des conflits des lois*, qui relève *dans chaque pays* des lois et des traités.

L'un de nos prédécesseurs (6) disait excellemment qu'à raison de la diversité de leurs objets, de leurs buts, de leurs sources et de leurs principes, le Droit public et le Droit des gens devaient être traités comme sciences séparées, non comme divisions d'une science unique. Sans doute il y a entre eux un point de contact : l'Etat, terme et point d'appui des rapports dont l'un et l'autre s'occupent. Mais tout le reste diffère. — Le Droit public et le Droit des gens, disait-il, ne forment pas deux routes parallèles, mais une bifurcation, dont partent des chemins menant vers des directions opposées.

5. Codification partielle du Droit public.

C'est donc au Droit national ou interne que nous restreignons l'expression Droit public. Nous avons défini ce Droit par une formule très large, assez ample pour comprendre tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des pouvoirs, les relations des citoyens et groupements de citoyens avec les autorités, en un mot toutes les matières juridiques étrangères au domaine de la vie privée. — Le Droit public ainsi entendu s'étend notamment aux lois d'organisation, de compétence et de procédure, au Droit notarial (7), au Droit fiscal, au Droit criminel ou répressif, aux innombrables lois et règlements administratifs.

Cette vaste partie du Droit n'est guère codifiée ; le Droit privé au contraire est écrit et codifié à peu près complètement. — Comment expliquer ce fait ? Pourquoi le Droit privé s'est-il assez tôt constitué ? Pourquoi le Droit public est-il resté à l'état en quelque sorte inorganique ?

— La rédaction du Droit privé, peut-on dire, a été préparée par de lumineux travaux, dont la trace se poursuit à travers les siècles, depuis les grands jurisconsultes de Rome, jusqu'aux rédacteurs du Code Napoléon ; au contraire les

(6) M. Macors. — Cours manuscrits 1860-1861 et 1883-1884.

(7) Le notariat est une fonction publique.

concepts fondamentaux du Droit public manquent encore de détermination précise et sa terminologie n'est rien moins que fixée d'une manière rigoureuse et universelle (8).

L'on peut ajouter que les rapports de la vie privée sont plus simples, plus immédiats, plus fréquents surtout que les rapports de la vie politique, réclament dès lors plus impérieusement des règles, dont l'élaboration est facilitée par le renouvellement des mêmes situations, qui ne sont d'ailleurs que l'application aux circonstances usuelles de la vie des principes d'équité naturelle et ne consistent souvent qu'en dispositions interprétatives des intentions, ne liant qu'à défaut d'expression de volontés contraires.

La vie politique implique au contraire des contacts moins immédiats et plus rares ; elle ne comporte que des prescriptions, dont le caractère impératif et souverain rend l'élaboration d'autant plus délicate qu'elles concernent fréquemment des situations plus complexes, des conflits plus profonds.

Au surplus, pour que le Droit public, le Droit de l'Etat (*Staatsrecht*) pût se former, il fallait que l'Etat lui-même fût constitué, qu'il cessât d'être absolu, qu'il fût limité dans son omnipotence originaire par des règles de forme et de fond, et qu'enfin la science vînt s'appliquer à l'étude des gouvernements et formulât des conclusions préparatoires au travail de rédaction des textes juridiques.

Or, l'antiquité gémit sous le joug du pouvoir absolu. L'Etat sommeille sous la période Féodale. Les rois, au sortir du moyen âge, ne se relèvent de leur abaissement que pour redevenir trop tôt, dans les temps modernes, les héritiers des Césars.

Mais au XVIIme siècle la révolution d'Angleterre apporte aux publicistes un sujet fécond d'études et provoque au XVIIIme l'éclosion d'une littérature politique, qui fait surgir les réformes et prélude aux rédactions constitutionnelles.

(8). V. *Stein*. Die Verwaltungslehre — *Gerber*. Grundzüge des deutschen Staatsrechts. — *Orlando*. Principii di diretto Costituzionale. Introductione.

Aussi, que constate-t-on depuis cette époque ? Parcourez l'histoire des 125 dernières années.

Dans un grand nombre d'Etats, l'on cherche et l'on réussit bientôt à codifier les dispositions fondamentales du Droit public, que l'on promulgue solennellement sous le nom de *Constitution* — *Charte* — ou *Loi Fondamentale.*

Les premières Constitutions furent celles que se donnèrent à partir de 1776, certaines colonies Anglaises de l'Amérique du Nord après s'être déclarées indépendantes. Puis vint la Constitution fédérale des Etats-Unis, rédigée en 1787, mise en vigueur en 1789. La France inaugura le mouvement en Europe ; la première Constitution Française est la Constitution monarchique de 1791, suivie de tant d'autres. Aujourd'hui tous les Etats Américains ont des Constitutions Républicaines. En Europe, à part l'*Angleterre* et la *Hongrie*, tous les Etats ont renoncé au Droit public coutumier pour se placer sous le régime des Constitutions écrites (9).

6. Droit constitutionnel et Droit administratif. Une subdivision du Droit public en fût la conséquence toute naturelle. On distingua désormais dans cette branche du Droit une partie codifiée et une partie non codifiée, une partie fondamentale et une partie formée de dispositions d'application et de détail (10). A cette double justification historique et rationnelle de la distinction, se peut ajouter une troisième, d'ordre politique.

L'expérience et l'histoire permettent d'affirmer que la rédaction d'une Constitution est un excellent moyen d'éducation nationale (11); et qu'au surplus l'inscription des règles essentielles du Droit public dans une Loi fondamentale inviolable pour les organes ordinaires du pouvoir, apparaît comme une sauvegarde efficace des droits et libertés communes.

(9) V. *Esmein. Eléments de Droit Constitutionnel*, 1e édition, p. 371.

(10) C'est le seul fondement de la subdivision dans les pays dépourvus comme en Angleterre de Constitution écrite.

(11) *Esmein. Eléments de Droit Constitutionnel*, page 370.

C'est généralement en **Droit Constitutionnel** et en **Droit administratif** que l'on subdivise le Droit public (12). Le Domaine du Droit public entendu *sensu lato* est cependant si vaste, que certains auteurs proposent une subdivision tripartite : *Droit Constitutionnel, Droit public proprement dit* (13), et *Droit administratif.* — Le Droit Public proprement dit aurait pour objet l'étude des lois les plus importantes, des **lois dites organiques :** lois complémentaires de la Constitution, élaborées pour appliquer et développer les principes posés par elles ; telles : les lois sur la naturalisation, sur l'enseignement, sur l'organisation judiciaire, les lois communale et provinciale. — Les nécessités de l'enseignement scientifique nous interdisent de nous écarter des principes et de nous égarer dans les détails ; elles limitent suffisamment le champ à parcourir pour nous permettre d'adopter la division bipartite commune.

Nous subdivisons donc le Droit public en **Droit Constitutionnel** et en **Droit administratif.**

Le Droit Constitutionnel, c'est le Droit public fondamental ; il a pour objet de déterminer les bases d'organisation, de fonctionnement et de compétence des pouvoirs, notamment d'établir les garanties fondamentales des libertés les plus nécessaires et des droits les plus importants des citoyens, des groupes et des collectivités sociales.

Le Droit administratif, c'est le Droit public développé ; il réglemente en détail l'organisation, le fonctionnement et les attributions des pouvoirs et des services publics dans les multiples domaines où leur action s'exerce et détermine en ces divers domaines les droits et obligations des citoyens, des groupes et des collectivités sociales.

Il nous arrivera souvent, suivant en cela un usage constant

(12) Nous laissons de côté le *Droit criminel*, qui, de l'avis général, se rattache aussi au Droit public et dont la codification a pu être effectuée.

(13) Ou *Droit politique*, mais cette expression doit être réservée pour désigner certains droits individuels : droits de suffrage, d'éligibilité, etc.... L'on pourrait adopter le nom de *Droit public organique*.

et général, d'employer l'expression Droit public. A moins que le contraire ne résulte manifestement du contexte, cette expression devra toujours être prise dans sa signification restreinte de *Droit public fondamental* ou *Droit constitutionnel.*

7. Objet de ce livre. — Transition au chapitre suivant. C'est du Droit Constitutionnel *Belge* qu'il s'agit. Notre tâche essentielle sera donc d'étudier notre Droit national, c'est-à-dire notre Constitution, d'en commenter les articles, d'en interpréter les textes.

Quels seront nos éléments de commentaire, nos sources d'interprétation ? Notre étude, devant avoir un caractère scientifique, ne peut s'arrêter au niveau d'une simple explication des dispositions de Droit positif ; elle doit s'élever à des généralités, à des principes pour éclairer de leur lumière l'exposé et le commentaire des textes.

C'est aux sciences sociales, à la *Sociologie*, au *Droit naturel*, à la *Politique*, à *l'Histoire et au Droit comparé* que nous demanderons ces généralités et ces principes. Ces sciences seront pour nous d'indispensables auxiliaires ; elles nous feront connaître dans leurs origines et dans leurs principales réalisations historiques les grandes théories, dont l'ensemble forme le **Droit public universel ou général** par opposition au Droit public spécial en vigueur dans chaque pays. Le Droit public général sera le cadre à la fois rationnel et historique dans lequel rentreront nos explications et nos commentaires. Nous ne suivrons donc pas l'ordre des textes pour y asservir les principes ; nous suivrons l'ordre logique imposé par la coordination rationnelle des théories en y adaptant l'exposé de notre Droit positif. — L'exécution de ce plan nous amène à dire un mot des **Sciences auxiliaires** auxquelles du commencement à la fin de ce travail nous aurons fréquemment à recourir.

CHAPITRE II.

Des sciences auxiliaires du Droit constitutionnel.

8. **Multiples sciences sociales.** Il ne peut s'agir ici que des *sciences morales*, et de celles-là seulement que l'on qualifie de *sociales*, parce qu'elles ont pour objet l'humanité considérée dans ses groupements collectifs, par opposition aux sciences humaines ou anthropologiques, qui étudient l'humanité intelligente et libre dans l'homme individuel.

Aristote et les anciens concentraient toutes les études relatives à la société en une science unique, qu'ils dénommaient *Politique.*

Aujourd'hui que ces études, plus complètes et plus méthodiques, ont donné naissance à divers ordres de recherches nettement déterminés, il n'y a plus une science sociale unique, il y a plusieurs, il y a de multiples sciences sociales.

A leur tête se place la *Sociologie ;* non pas qu'elle ait précédé les autres dans l'ordre des temps ; elle est au contraire la dernière venue et son droit à l'existence est mis en doute. Mais elle dépasse les autres en généralité ; à ce titre le premier rang lui appartient. Elle est, en effet, la science sociale générale, tandis que les autres, les sciences juridiques, politiques, économiques, par exemple, n'étudient la société que sous certains aspects et ne sont comparativement à la Sociologie que des sciences spéciales. Les *sciences économiques* étudient dans la vie sociale les phénomènes de production, de circulation et de consommation des biens ou richesses. Les sciences *politiques* étudient dans la société les faits qui se rapportent à l'institution et au fonctionnement du gouvernement ou de l'Etat. *Les études et les sciences juridiques* ont pour objet les règles, *susceptibles de réalisation par voie de contrainte,* auxquelles se trouve assujettie la société dans ses divers éléments et dans les multiples rapports qu'elle implique.

§ I. La Sociologie (1).

9. Sociologie. Ce mot est d'origine récente. Créé par *Comte*, adopté par *Herbert Spencer*, il est mis en vogue de nos jours par un grand nombre de publicistes.

La science appelée de ce nom a des origines très anciennes. *Aristote*, *Bodin* (XVIe siècle), *Montesquieu* et les fondateurs de la philosophie de l'histoire (*Vico* et *Herder* au XVIIIe siècle) peuvent à beaucoup d'égards être considérés comme les précurseurs des Sociologues modernes.

La Sociologie est née sous le patronage des doctrines positivistes et transformistes; elle a eu peine à se dégager des étreintes du matérialisme. Bien qu'elle soit pauvre encore en conclusions et en résultats, elle a le mérite d'avoir utilement réagi contre les conceptions abstraites et individualistes

(1) **Bibliographie :** Anzilotti. La Filosophia del diritto e la Sociologia, 1892. — Herbert Spencer. Principes de Sociologie (traduction française). — V. Fouillée. La Science sociale contemporaine. — G. de Greef : Introduction à la Sociologie, Les lois sociologiques, Sociologie générale élémentaire. — Schäffle : Bau und Leben des socialen Körpers. — Gumplowitz : Précis de Sociologie (traduit de l'allemand par Baye, 1896). — Sociologie et Politique, 1898. — La Sociologie : discours rectoral de M. Van der Rest à l'Université de Bruxelles, 1888. — Jean Halleux : L'objet de la science sociale, dans la Revue Néo-Scolastique de Novembre 1896.

On trouvera d'autres indications dans l'ouvrage de *Gumplowitz*, intitulé *Sociologie et politique* (pages 251 ss.) et dans les ouvrages de *de Greef*, notamment dans son *Introduction à la sociologie.*

Citons encore *Tarde :* Etudes de Psycologie sociale. Paris, Giard, 1897. — *Organisme et Société* par *René Worms*, directeur de la *Revue internationale de Sociologie*, fondée à Paris en 1893. - Les *Annales de l'Institut international de Sociologie*. Paris, Giard et Brière. — L'*Année Sociologique. Périodique annuel*, directeur : E. Durkheim. Paris chez Alcan depuis 1896. — En Espagne : La *Revista de Derecho y de Sociologia* sous la direction du professeur *Posada*. — *Salès y Ferré*. Traité de Sociologie. Madrid, Suarez, 1897. — *Calisto Valverde*. Ensayo sobre el concepto de la Sociologia. Valladolid. Imp. Cuesta, 1900. — En Amérique : *American Journal of Sociology*, publié à Chicago et surtout le traité de *Giddings : The principles of Sociology* (1896). — V. aussi *E. Durkheim*, professeur à Bordeaux. *Les règles de la méthode sociologique*. Paris, Alcan. — *Bibliothèque Sociologique internationale*, chez Giard et Brière.

en démontrant et en analysant le caractère complexe et organique des sociétés humaines. Comme l'indique le titre du grand ouvrage de *Schäffle*, elle étudie la structure et la vie du corps social ; elle est à la société ce que l'anatomie et la Physiologie sont au corps humain. Ses recherches peuvent se ramener à trois objets principaux : les milieux sociaux (géographie sociale) — la structure sociale : familles, Etats et autres organismes sociaux — les faits et les lois de la vie sociale. En analysant les phénomènes sociaux, en les classant, en s'efforçant de déterminer leurs causes et leurs relations mutuelles, la Sociologie cherche à découvrir et à dégager les lois d'après lesquelles se forment, s'organisent et se développent les sociétés humaines (2), en d'autres termes à définir les lois du progrès et de la civilisation.

Comme on le voit, elle ne doit pas être confondue avec la *Philosophie du Droit* ou *Droit naturel.* Cette dernière science est spéciale, puisqu'elle n'étudie la société dans sa structure et dans sa vie qu'à un point de vue déterminé, le point de vue juridique. Elle diffère surtout de la Sociologie en ce que celle-ci ne s'occupe du Droit qu'en le considérant comme fait social, tandis que la Philosophie étudie le Droit sous son double aspect objectif et subjectif, analyse les relations juridiques dans lesquelles sont impliqués les individus et les groupes pour définir les devoirs et les prérogatives personnelles qui en résultent. Cette tâche imposée à la Philosophie du Droit nécessite des données que les recherches sociologiques ne peuvent fournir et la rapproche des sciences humaines, la Psycologie, la Morale, qui seules peuvent les procurer.

Il semble en tout cas bien difficile d'énumérer les services que la Sociologie peut rendre au Droit constitutionnel soit directement soit indirectement par des apports faits aux sciences politiques. Cette question ne peut être ici qu'indiquée. Elle réapparaîtra souvent dans le cours de cette étude,

(2) *Esmein*. Eléments de Droit constitutionnel, p. 20 et 21.

au fur et à mesure que les problèmes de Droit public seront soulevés. Elle fera à chaque rencontre, l'objet de remarques plus précises.

Bornons-nous à signaler les points suivants :

1° la Sociologie éclaire de nombreux problèmes de législation. Les résultats des statistiques et de la Sociologie, dit *Contuzzi* (3), facilitent la discussion des sujets les plus difficiles de Droit constitutionnel ;

2° la Sociologie, répétons-le, réagit utilement contre les théories individualistes si troublantes pour l'esprit et si néfastes dans leurs applications ;

3° la Sociologie revendique comme siennes certaines questions, dont elle débarrasse heureusement le Droit constitutionnel : la théorie des climats, l'étude des influences de races, de langues, de religion, des conditions géographiques...., etc.....

§ 2. Les sciences juridiques. — Le Droit naturel. — L'histoire du Droit public. — Le Droit constitutionnel comparé.

10. Droit naturel. Le Droit constitutionnel est tributaire de plusieurs sciences juridiques : du *Droit public naturel*, de *l'histoire du Droit public* et du *Droit constitutionnel comparé.*

Le Droit naturel ou philosophie du Droit est la science des premiers principes du Droit ; c'est la Morale sociale. Cette science cherche à définir les droits et les devoirs essentiels du citoyen, de l'Etat et de certaines collectivités dites nécessaires. Les conclusions, auxquelles elle parvient, dominent la Sociologie, la Science de l'Etat et les études de Droit constitutionnel.

L'utilité du Droit naturel est indéniable en tant que critique des fausses doctrines, des utopies politiques ; mais il ne fournit comme données positives qu'un petit nombre de vérités fondamentales : l'inviolabilité des droits de

(3) Trattato di Diritto Costituzionale. Turin, 1895, page 110.

la personne humaine, le caractère naturel ou nécessaire de certains groupements sociaux, enfin la nécessité de certaines relations d'autorité et de dépendance qui en dérivent.

11. Histoire du Droit public et Droit constitutionnel comparé.

L'histoire du Droit public et le Droit constitutionnel comparé ne donnent pas seulement d'utiles indications sur les origines et les sources de nos institutions; leur connaissance est en outre indispensable tant pour l'explication et le commentaire des textes que pour l'étude vraiment scientifique du Droit constitutionnel.

Le Droit existant n'étant le plus souvent qu'un développement du Droit antérieur, la connaissance de celui-ci rend compte de celui-là et permet de le mieux saisir dans ses réalités vivantes et son exacte portée. En ce qui concerne l'étude des constitutions modernes, l'histoire du Droit public ne saurait être négligée. La plupart, en effet, sont faites d'emprunts aux Constitutions précédentes, nationales ou étrangères. Ce sont, a dit un auteur, de véritables mosaïques (4). La Constitution Belge, par exemple, a été puisée en grande partie dans la Loi Fondamentale des Pays-Bas du 24 Aout 1815 (5), dans la Constitution Française de 1791 et dans la Charte Française de 1830. L'étude de ces constitutions jette une vive lumière sur notre Droit constitutionnel. Pour beaucoup d'articles de la Constitution Belge, une recherche de paternité (6) est nécessaire ; elle évite de graves équivoques et fait découvrir les interprétations les plus nettes et les plus exactes.

L'histoire du Droit public et le Droit constitutionnel comparé ont surtout pour rôle de montrer les théories politiques dans leurs applications concrètes, dans leurs réalisations historiques les plus notables.

(4) *Van den Heuvel*, Revue générale 1884, II, p. 751. *E. Descamps-David.* La Mosaïque constitutionnelle, 1891.

(5) Elle a fourni plus de la moitié des dispositions de notre Constitution.

(6) *Van den Heuvel, loco citato.*

C'est en étudiant historiquement et comparativement, les régimes politiques des Etats-Unis et de l'Europe Occidentale, qu'il nous sera possible de découvrir cet ensemble de principes et d'institutions, qui, malgré les variétés nombreuses et importantes que l'on constate d'un pays à l'autre, forment pourtant ce que nous avons appelé le *Droit public général,* une sorte de fonds commun auquel les diverses constitutions empruntent comme un air de famille (7). L'histoire du Droit public et le Droit constitutionnel comparé démontrent encore que le progrès plus ou moins localisé au début, est devenu un phénomène universel, que les réformes politiques, bien qu'adaptées toujours dans chaque pays aux nécessités de la vie nationale, résultent, en définitive de l'évolution générale des idées dans l'humanité ; et que c'est à l'étude de cette évolution que doit s'appliquer la science, si elle veut parvenir à des conclusions raisonnées et pratiques, susceptibles d'amener des progrès ultérieurs.

§ 3. Les Sciences politiques. (8)

12. Sciences politiques.

Les **Sciences politiques** sont comme les sciences juridiques des sciences sociales spéciales ; elles n'étudient dans la société qu'un facteur, le pouvoir ; elles considèrent l'homme sous un point de vue particulier ; elles le prennent comme citoyen, comme membre d'une société *sui generis* qui s'appelle la société politique ou l'Etat, société caractérisée par la soumission sur un territoire déterminé d'une partie de l'humanité à une autorité qui la gouverne.

Les études de l'Etat ont pris de nos jours un tel développement qu'elles sont devenues elles aussi un ensemble, un

(7) *Esmein.* Eléments de Droit constitutionnel, p. 22.

(8) **Bibliographie** : *Holtzendorff.* Principes de politique — Traduction. *Lehr.* 1887.— *Bluntschli.* L'Etat. —Le Droit public.—La Politique.—*Palma.* Corso di Diritto Constituzionale, t. I, p. 54 ss. — *Mohl.* Encyclopédie der Staatswissenschaften.

faisceau de sciences (9). *Franz de Holtzendorff* (10) range au nombre des sciences politiques le *Droit public*, le *Droit des gens*, l'*Economie politique*, la *Science financière*, la *Science de la Police*, la *Morale politique*. Cette classification a le tort de méconnaître la distinction que les sociologues contemporains prônent avec raison entre les sciences juridiques, les sciences économiques et les sciences politiques. Si l'on tient compte de cette distinction essentielle et si l'on met à l'écart les matières internationales, l'on ne parviendra pas, croyons-nous, à énumérer de nombreuses sciences politiques. Les principales sont, à notre avis, *l'histoire politique* et la *Science politique proprement dite* dont nous allons parler ; la *Science de la législation ; la Science de l'administration ;* enfin *la Science de la police*.

13. Histoire politique.

L'histoire politique des institutions se confond avec l'histoire du Droit public (v. n° 11 ci-dessus). Mais il y a aussi l'histoire des faits politiques, et l'histoire des idées ou des doctrines.

L'histoire politique tant *nationale que générale* apporte au Droit constitutionnel un précieux concours tant pour l'interprétation des textes que pour l'étude systématique des institutions. *Elle fournit d'abord des éléments de commentaire ;* cela ne peut faire doute pour la Constitution Belge surtout. Il est pour ainsi dire impossible d'interpréter fidèlement notre pacte fondamental, sans se reporter à l'époque même de sa rédaction, sans se rendre compte de la situation des esprits dans les dernières années du régime Hollandais et des faits qui ont amené la Révolution de 1830. Un grand nombre d'articles de la Constitution ne trouvent leur sens exact et leur portée véritable que moyennant d'y voir des dispositions inspirées par les abus du régime Hollandais, des garanties stipulées pour empêcher le retour de griefs doulou-

(9) *Palma*. Corso di diritto constituzionale Introduction.

(10) Professeur à Berlin et à Munich. V. ses Principes de politique, traduction Française de Lehr, 1887.

reusement éprouvés sous le gouvernement du roi Guillaume.

L'histoire aide en outre, à l'étude raisonnée du Droit public. Les institutions politiques ne s'improvisent pas; elles ne surgissent pas subitement à un moment donné sans lien avec le passé ; elles ont leurs racines dans l'histoire, qui seule en explique la naissance et les transformations.

Si remarquables soient-elles d'ailleurs, les institutions d'un petit pays comme la Belgique, ne progressent pas seules, isolément, en dehors du développement général par lequel passent les institutions des pays voisins et des Etats les plus considérables. Ainsi, le Droit constitutionnel Belge se rattache incontestablement par ses origines non seulement au Droit public national de l'ancien régime, mais aussi au Droit public général dont l'Angleterre a été le berceau et qui ne s'est introduit sur le continent qu'après avoir été adopté par les Etats-Unis d'abord, puis par la France, La Constitution Belge n'est qu'une expression, à beaucoup d'égards plus parfaite que les autres, de ce Droit Constitutionnel moderne. Elle ne peut être scientifiquement étudiée qu'en tenant compte à chaque pas de ses antécédents et de ses origines, sans jamais l'écarter du cadre général, dans lequel l'histoire lui donne place.

Il faut rattacher à l'histoire politique l'*histoire parlementaire,* les *biographies des hommes d'Etat,* ainsi que leurs *mémoires,* dont la lecture jette parfois une vive clarté sur la marche des évènements politiques.

14. La Politique.

La Science politique proprement dite, mérite de fixer un instant notre attention. — Certains auteurs, exagérant l'utilité pratique de cette science, ont voulu y voir l'art de gouverner, la science pratique du gouvernement. Sans doute la politique pratique, l'exercice du pouvoir, exigent les lumières de la science, et spécialement de la Science de l'Etat (11).

(11) *Palma.* Potere elettorale. Milano 1869, p. 203. — Corso di Diritto costituzionale I, p. 56.

Mais la politique pratique est aujourd'hui tellement complexe, comporte des tâches si nombreuses, si considérables et si diverses qu'elle exige en quelque sorte l'appui de toutes les sciences. Les sciences sociales surtout doivent lui prêter leur concours. Les sciences techniques elles-mêmes, sont indispensables aux dépositaires du pouvoir pour en exercer les multiples attributions.

L'exercice du pouvoir exige toutefois autre chose que des connaissances scientifiques : il requiert l'habileté, le calme, la prévoyance, l'énergie, enfin *des qualités et des talents spéciaux dont la science ne procure point la possession. L'homme d'Etat ne se forme pas* uniquement par des lectures, des études et des méditations, mais bien par le contact des hommes et par la pratique même des affaires publiques. C'est au milieu des luttes de la vie qu'il acquiert ce sang-froid, ce coup d'œil, l'art de conduire les hommes, de deviner les obstacles, de les éviter ou de les vaincre, qui constituent son génie propre. L'art de gouverner ne s'enseigne pas ; il n'y a pas, dit un publiciste contemporain, un corps de lois qui puissent infailliblement donner à un premier ministre l'art de diriger une majorité (12)

La *Sciencepolitique* proprement dite c'est pour nous ce que les auteurs allemands nomment la *Théorie générale de l'Etat* **(Allgemein Staatslehre)**. Cette branche d'étude mérite de conserver l'appellation propre de Politique ; c'est sous le nom de *Politics* ou de *Political science* qu'elle est cultivée en Angleterre et aux Etats-Unis. *Paul Janet* (13) la définit : la science de l'Etat en général considéré dans sa nature, dans ses lois, dans ses principales formes. Son contenu est fort variable. Les auteurs anglais et américains (14) abordent dans leurs trai-

(12) *Pollock.* An introduction to the History of Science of Politics. London 1890, page 2.

(13) Histoire de la Science Politique I., p. LXXV.

(14) Sidgwick-Woolsey.

tés de *Politics* non seulement les règles générales concernant la structure de l'Etat et son fonctionement, mais encore les principes qui doivent guider le pouvoir dans l'élaboration des lois civiles, pénales, administratives et dans la conduite des affaires tant intérieures qu'extérieures.

Les publicistes allemands spécialisent davantage ; ils estiment avec raison que des matières si vastes et si diverses méritent d'être réparties en branches particulières. Bluntschli érige en sciences distinctes la *Théorie générale de l'Etat* — *le Droit public général* et la *Politique* (15). Il entend par Politique la science de l'Etat considéré dans l'accomplissement des tâches (16) qui lui incombent et dans la recherche et l'emploi des moyens d'atteindre les buts qu'il poursuit. L'on a fait remarquer que les partisans de la Politique à titre de science spéciale indépendante n'étaient guère d'accord sur son objet ni sa mission propre. Ajoutons qu'il n'est pas une question traitée dans les livres spéciaux de Politique, abordée par Bluntschli par exemple dans son troisième volume, qui soit étrangère à la Science de l'Etat, telle qu'elle est généralement comprise.

Pour nous, comme pour la généralité des auteurs, *la Politique est la science des principes généraux ou des Théories générales du Droit constitutionnel.* Elle a pour objet d'étudier, à l'aide de l'histoire critique surtout (17), l'Etat dans sa structure générale, dans ses origines et ses caractères principaux, d'en définir le rôle et les pouvoirs et de déterminer les meilleures conditions de son organisation et de son fonctionnement.

Tandis que le Droit naturel se borne à démontrer la légitimité de la société politique et à définir les droits essentiels des

(15) Les 3 ouvrages ont été traduits en Français par *Riedmatten.*

(16) V. ce que nous disons à ce sujet ci-dessous n° 15.

(17) A lire dans la Revue du Droit public et de la Science politique (Directeur: F.Larnaude) Paris, les articles suggestifs de Maurice Deslandres, professeur à l'Université de Dijon sur: *La crise de la Science politique.* Années 1900 et 1901 de la Revue.

individus, de l'Etat et de certains organismes sociaux, tandis que la Sociologie se contente de décrire l'évolution du facteur politique et les influences qu'il exerce et qu'il subit, la Politique cherche à mettre en lumière la notion, les caractères et les éléments constitutifs de l'Etat, à fixer les règles de la dévolution et de la transmission du pouvoir, à délimiter sa mission générale et ses modes d'activité, à décrire les formes qu'il doit prendre et les organes dont il doit être pourvu, à trouver des garanties et des moyens de toutes sortes pour assurer la réalisation des fins lui assignées. La Science politique a donc pour objet propre d'étudier les progrès qui pourraient être accomplis par les Etats dans leur organisation même (Formes de gouvernement), dans le régime de leurs relations avec les individus et les collectivités sociales (Théorie des garanties et des immunités constitutionnelles). *En résumé, la Science politique décrit l'Etat en notion et en idée, étudie les conditions générales de son organisation et de son fonctionnement et cherche à tracer la voie dans laquelle les réformes doivent être pratiquement poursuivies en vue de perfectionner l'exercice de la puissance publique et de procurer aux membres de la société de plus sûres garanties.*

15. Sciences politiques spéciales

Il ne faut pas exagérer la mission qui incombe à la Science politique d'étudier le rôle et les multiples attributions de l'Etat; car, il n'est pas un domaine de l'activité extérieure de l'homme dans la vie sociale qui soit absolument étranger à ce rôle. Cette exagération a poussé beaucoup d'auteurs à étendre la Science politique à tous les problèmes qui surgissent dans la vie publique et à admettre une Politique de la constitution, une Politique de la législation, une Politique de l'administration, une Politique criminelle (18). Il nous paraît plus scientifique de restreindre la Science politique en des limites plus modestes, de borner son champ à l'étude des principes devant présider aux réformes constitu-

(18) *Holtzendoff*. Principes de Politique, p. 15.

tionnelles, c'est-à-dire aux réformes intéressant les bases même de l'Etat et des libertés publiques. Dans notre opinion, l'étude des principes fondamentaux des lois civiles et commerciales, des lois criminelles, des lois administratives et des réformes à y apporter fait l'objet de sciences particulières, constituées à titre indépendant : la *Science de la législation* (19), la *Science criminelle ou pénale*, la *Science de la police*, la *Science de l'administration* (20), *l'Economie politique*, dans laquelle rentre la *Science financière*. (Principes des lois fiscales, douanières..etc).

16. Transition. Les principes de Droit naturel, tels que la nécessité des gouvernements ou l'inviolabilité des droits essentiels de la personne humaine, et les principes de Politique d'un caractère moins absolu, tels que la division des pouvoirs et la dualité des assemblées parlementaires, forment un ensemble doctrinal (21) dont nous avons à rapprocher les textes de notre Droit constitutionnel pour en faire l'étude raisonnée et méthodique. Nous réunissons à dessein ces deux ordres de principes ; jamais les historiens de la science de l'Etat, n'ont songé à en tracer isolément les origines et à en suivre isolément les développements.

D'autres historiens se sont appliqués à décrire l'évolution des régimes. Leurs travaux communs ont permis de constater que les doctrines et les institutions se développent parallèlement, que les transformations politiques sont l'œuvre du temps et des circonstances, que les solutions à donner aux

(19) V. les matières traitées dans les chapitres III à VIII du traité de *Politics* de Sydwick ; il y est surtout question des bases de la législation sur la *propriété*, les *contrats* et les *successions*.

(20) *Palma*, I, page 69. — *Stein*. Handbuch der Verwaltungslehre. — *Miraglia*. La scienza dell'administratione. Estratto dal *Filangieri*, settembre 1881. — *Orlando*, article dans *Archivio giuridico* XXXVIII, fasc. 5 et 6.

(21). *Orlando* dans ses *Principii di Diritto costituzionale* (page 30), insiste sur l'impossibilité de séparer l'exposé des principes juridiques des principes politiques. — Il n'y a pas de Science de la Politique distincte de la Science du Droit constitutionnel, dit-il, mais il faut avoir soin dans l'étude de chaque institution de distinguer les deux points de vue, le point de vue juridique, le point de vue politique, bien que la science du Droit constitutionnel les rapproche à chaque instant.

problèmes soulevés dans la vie des Etats ne dépendent ni d'axiomes théoriques, ni de principes abstraits. — L'histoire des doctrines et celle des gouvernements montrent comment les idées se propagent, pénètrent dans les faits ; comment elles se concrétisent et s'appliquent sous les formes les plus variées, et mises en œuvre, produisent suivant les temps et les lieux les résultats les plus divers, excellents ou nuisibles, semblables ou dissemblables selon les époques et les pays. — Cette remarque nous servira de transition. — Elle explique la nécessité, où nous sommes, pour nettement caractériser ce *Droit public moderne*, dans le cadre duquel doit être tracé notre commentaire, de décrire rapidement l'évolution des idées et des institutions politiques, de faire l'histoire sommaire des théories constitutionnelles, et de rappeler brièvement les origines de notre Droit national.

CHAPITRE III.

Histoire sommaire des Doctrines politiques (1).

§ 1. **L'Antiquité** (2).

17. Conception païenne. Les doctrines sociales commencèrent par être concentrées en une science unique, que les anciens nommaient politique. *La Politique* eût pour berceau la Grèce, pour fondateur, le plus grand génie de l'antiquité, Aristote. La *politique* d'Aristote est une théorie complète de l'Etat ; c'est non seulement la quintessence des idées grecques, mais encore le résumé de la science païenne, le dernier mot de la civilisation antique. Rome, en effet, dont la politique fut admirable, n'a apporté à la science de l'Etat aucun élément nouveau.

Ce fut un grec, POLYBE, qui analysa le premier le Droit public romain et Cicéron dont l'éloquence fut incomparable, n'a fait, dans sa *République* (3), que s'approprier la science d'Aristote et les considérations de Polybe (4).

La vie politique des anciens est dominée toute entière par une fausse notion de l'Etat et de la liberté. L'antiquité n'a jamais compris en quoi consiste la personnalité humaine; elle ne pouvait dès lors atteindre à la notion des droits individuels ni concevoir l'Etat autrement que comme pouvoir omnipotent, investi d'une souveraineté illimitée. L'Etat est

(1) Paul Janet. Histoire de la Science Politique, 1887. — Robert Van Mohl. Histoire et littérature des sciences de l'Etat (en allemand et en espagnol). — Sir Frédéric Pollock, prof. Oxford. Introduction à l'histoire de la Science politique, 1890. — A. Dunning. History of Political Théories. — Georges H. Bakker. Literature of Political Science.

(2) Mgr Laforêt. Histoire de la philosophie ancienne, — Filomusi Guelfi. La dottrina dello Stato nell antichita graeca. — Fustel de Coulanges. La cité antique. — E. Van der Rest. Platon et Aristote Thèse d'agrégation.

(3) Une traduction de la République de Cicéron, précédée d'une savante introduction, a été publiée par Villemain 1823 et 1864.

(4) Paul Janet, I p. 251. — Nous suivons pas à pas cet auteur.

maître absolu des hommes et des choses ; les individus existent pour lui, ils lui appartiennent corps et âmes, ils n'ont pas de destinée propre à réaliser en dehors de lui. Il est considéré comme compétent pour régler toutes choses, pour imposer n'importe quelles prescriptions. En présence de l'Etat, la personne humaine ne compte pour rien. *Platon* sacrifie au bien de l'Etat, qu'il fait consister dans l'unité et dans l'harmonie, la propriété et la famille. L'idéal qu'il décrit dans la République repose sur un régime de castes et sur la communauté universelle des biens, des femmes et des enfants.

Pas plus que PLATON avant lui, ARISTOTE n'a pu s'élever au-dessus de cette conception païenne. L'esclavage est pour lui, non pas seulement un fait légitime, mais une institution nécessaire, l'œuvre de la nature. Il y a des hommes nés pour servir, comme il y a des hommes nés pour commander. Il refuse même aux travailleurs libres le titre de citoyens, qu'il n'accorde qu'à l'aristocratie des individus, dont les loisirs sont consacrés aux affaires publiques. Eux seuls sont vraiment libres et vraiment citoyens. La liberté est concentrée dans la vie politique ; elle consiste à coopérer à l'exercice de la souveraineté, à faire les lois, à voter la paix ou la guerre, à rendre la justice, à élire les généraux et les magistrats.

De cette notion de l'Etat omnipotent, de la mission universelle lui assignée de réaliser lui-même le bien-être, de faire régner la vertu, découle la subordination de la morale privée à la morale publique, en d'autres termes, la confusion de la politique et de la morale ou encore de la politique et de l'éducation. C'est l'erreur fondamentale dans laquelle est tombée la philosophie antique. C'est l'erreur d'Aristote comme de Platon, erreur féconde en conséquences redoutables, car elle assujettit à l'Etat la vie humaine toute entière. Tout au moins faut-il louer Aristote comme Platon d'avoir, en concevant pour l'Etat un idéal à définir, entrevu et posé le problème fondamental de la science politique.

18. Politique d'Aristote.

Le grand mérite d'Aristote est d'avoir inauguré dans l'étude des faits sociaux la *méthode d'observation* et *d'analyse*. C'est pour cela qu'il doit être regardé comme le vrai fondateur de la science politique. Il ne se borne plus comme ses prédécesseurs, à rechercher les conditions théoriques du gouvernement parfait ; il se préoccupe surtout d'étudier les constitutions existantes (5), de les comparer, de découvrir leur principe, leurs qualités, leurs vices, de montrer les causes de leur stabilité ou de leur fragilité, et d'établir qu'il faut approprier les institutions d'un pays aux temps, aux lieux, à la situation sociale, aux circonstances particulières dans lesquelles vivent les nations. Il observe admirablement les faits les plus complexes, les décompose en leurs éléments et en donne la théorie d'après les enseignements qu'il tire d'une observation patiente et exacte et d'une connaissance profonde de l'histoire.

Aristote en est arrivé ainsi, non seulement à réunir un nombre considérable de faits et de matériaux nécessaires à l'édification de la science de l'Etat, mais encore à dégager certaines vérités, qui sont restées dans le patrimoine de cette science.

Il montre dans la famille l'origine et la base de l'Etat et lui donne pour appui la propriété. Mais corrigeant une grave erreur de Platon, il distingue soigneusement la famille et l'Etat. L'Etat est une association de familles, une association qui se suffit à elle-même, tandis que les familles ont besoin de l'Etat pour subvenir à leurs besoins.

L'Etat n'est pas une affaire de convention ; c'est le résultat naturel et nécessaire du développement de l'humanité. C'est un fait naturel. *Ανθρωπος φυσεὶ ζωον πολὶτlκον* ; l'homme est *par nature* un être politique, c'est-à-dire destiné à vivre dans l'Etat. Cetté vérité fondamentale contredit vingt siècles d'avance la grande erreur du *Contrat social.*

(5) D'après *Diogène de Laerte*, il aurait recueilli les contitutions de *158 Etats*. On sait que l'ouvrage d'Aristote sur la Constitution Athénienne a été découvert à Londres, il y a quelques années.

Pour ARISTOTE le trait distinctif du citoyen, c'est la participation aux affaires publiques ; ce titre n'appartient qu'aux hommes libres dont la vie ne connaît d'autres travaux que ceux de l'esprit. Le problème de la souveraineté est donc renfermé pour lui dans d'étroites limites. Et l'on ne saurait reconnaître la souveraineté populaire dans la souveraineté des citoyens qu'il préconise parfois.

Sa *théorie des formes de gouvernement et sa théorie des révolutions*, déja ébauchée par Platon, sont devenues classiques. Aristote marque ses préférences pour un régime de gouvernement transactionnel, tempéré, s'appuyant sur les classes moyennes, *οἱ μεσοὶ*.

§ 2. Le Moyen Age.

19. Doctrine catholique

La politique païenne découlait de deux négations : la négation des devoirs de l'Etat et la négation des droits individuels. « Si Jésus-Christ n'avait point paru sur la terre, dit LABOULAYE (6), j'ignore comment le monde aurait résisté à ce despotisme qui l'étouffait. »

Le Christianisme apporte au monde *deux principes*, dont le triomphe fut la ruine de cette politique. Le principe de *fraternité humaine* détruit l'esclavage; désormais il n'y a plus que des hommes libres, ayant tous même nature, même destinée, mêmes devoirs et mêmes droits essentiels, égaux devant la loi.

Le *second principe* est celui de la *distinction des deux puissances*, spirituelle et temporelle. « Rendez à César ce qui est à César et à Dieu ce qui est à Dieu. » César n'est donc plus le maître absolu des corps et des âmes ; les citoyens ne lui appartiennent plus tout entiers; il faut désormais distinguer dans le même homme la personne privée et le citoyen. L'individu a des devoirs, qui ne dérivent pas de l'Etat et des droits que l'Etat doit respecter. Toute la théorie des Droits de la personne humaine dérive de là. La vie privée est émancipée du joug de l'Etat. La distinction est faite entre la morale et la politique, que l'antiquité confondait.

(6) L'Etat et ses limites. Paris 1865.

Mais en distinguant les deux puissances, le Christianisme léguait à l'avenir un problème redoutable : celui des rapports entre l'Eglise et l'Etat.

La longue querelle entre le Sacerdoce et l'Empire eut son écho dans les écrits du temps; elle remplit tout le Moyen Age.

La littérature juridique et politique s'absorbe dans cette question (7) De ce débat mémorable deux livres importants nous sont restés : le *De Monarchia* de *Dante* et le *De Regimine principum* de *Saint Thomas d'Aquin.*

Le Moyen Age n'est guère favorable aux études de l'Etat. Sous le régime féodal, en effet, il n'y a plus proprement d'Etat; il n'y a plus que des groupements unis par des liens personnels; lasouveraineté s'est émiettée; ses prérogatives ont été attachées à la propriété terrienne et se sont éparpillées en même temps que celle-ci se morcelait. Les droits de l'autorité publique ne sont plus que des droits purement privés, cessibles comme le sol. L'idée de l'Etat, les notions politiques sont ignorées. Comment les analyses de l'Etat auraient-elles pu être reprises ? Le rêve que suggère alors le désir de voir s'établir un ordre meilleur est celui d'une grande monarchie universelle, Papale ou Impériale.

La Science s'est réfugiée dans les cloîtres. Elle y est cultivée avec la Théologie. C'est comme partie intégrante de celle-ci que la philosophie et la politique sont étudiées au Moyen Age. Aussi, devons-nous signaler au nombre des œuvres scientifiques de cette époque les *Sommes théologiques* et spécialement la *Somme de saint Thomas d'Aquin.*

20. Politique de St. Thomas.

C'est dans la partie de cet ouvrage formant le traité *De Legibus*, c'est dans le *de Regimine principum* déjà cité et dans *les Commentaires* sur la Politique d'Aristote et sur le Livre des sentences de Pierre Lombard qu'il faut chercher la pensée et les doctrines politiques de

(7) *Pollock*, p. 38 de l'édition anglaise.

St-Thomas d'Aquin (8). Elles forment un système complet, qu'il ne faut pas songer à résumer.

Pour St-Tomas, la société politique est une nécessité d'ordre naturel ; elle ne peut réaliser sa fin sans une autorité, un pouvoir qui la dirige; le pouvoir envisagé abstractivement est une institution Providentielle, mais envisagé concrètement dans sa possession et son exercice, c'est une fonction qui appartient au peuple ou à celui qui en tient la place *(alicujus gerentis vicem totius multitudinis).* Il est certain que les préférences de St-Thomas sont pour l'unité du chef de l'Etat; mais comme Aristote, il ne s'arrête guère à la royauté absolue; ce qu'il prône c'est la monarchie tempérée. Ne donne-t-il pas pour base à sa doctrine une complète adhésion au principe des gouvernements mixtes, dont nous parlerons plus tard ? Il déclare qu'une bonne organisation politique exige une certaine participation de tous les citoyens au gouvernement. Il affirme le droit personnel de désobéir aux lois injustes et la légitimité du droit de révolte en cas de tyrannie irrémédiable. Inutile de dire que St-Thomas donne aux problèmes des rapports de l'Eglise et de l'Etat la solution qu'y donne, avec la Papauté, toute la théologie catholique.

§ 3. Les temps modernes. (9)

21. Machiavélisme et protestantisme. Bodin.

Il est difficile de préciser le moment où commence pour la Science politique l'ère moderne. On peut fixer ce commencement au *XV*e *siècle.* La politique du **XVe siècle** se résume toute entière dans le *Machiavélisme* (10). Le Machiavélisme n'est pas une doctrine scientifique. C'est une politique toute négative, sans principe, sans méthode. Le Machiavélisme doit être cité cependant, parce qu'il annonce la fin du Moyen Age, la sécularisation de la

(8) *Ant. Burri.* Le teorie politiche di San Tommaso. Roma 1884. — *Antoniadès.* Die Staatslehre des Thomas ab Aquino. Leipzig 1890. —*Edouard Crahay.* La Politique de St-Thomas d'Aquin. Louvain 1896.

(9) *Bluntschli* Geschichte der neuen Staatswissenschaft. 3ème édition 1881.

(10) Paul Janet, I, p. 595.

Science, désormais affranchie du joug d'ARISTOTE et dépouillée des formes scolastiques.

Toutes les discussions politiques du **XVIe siècle** ont pour point de départ et pour objet la Réforme religieuse, la question du Protestantisme.

Au point de vue politique, les publicistes protestants sont les continuateurs des polémistes du Moyen Age, Dante, Ockam, Marsile de Padoue, qui défendaient l'Empire contre le Sacerdoce.

Du côté catholique, se continuent dans les écoles les traditions de saint Thomas, se coordonnent et se complètent les doctrines. Le dernier des scolastiques, le personnage qui représente le mieux au XVIe siècle (11) la Science catholique est le célèbre théologien **Suarez**. Son traité *De Legibus*, est l'ouvrage le plus considérable du temps. « Celui qui a lu le *De Legibus de Suarez*, dit Paul JANET (12), « connaît à fond » toute la morale, tout le Droit naturel, et même toute la » Politique du Moyen Age (13). »

Qu'on se garde d'attribuer à la Réforme le triomphe de la tolérance politique. Le protestantisme du XVIe siècle a toujours fait appel contre l'Eglise au despotisme du pouvoir. Les persécutions religieuses dans les Etats protestants ont dépassé en atrocités les violences commises chez les nations catholiques. Le livre le plus violent contre la tolérance est l'œuvre d'un protestant, *Théodore de Bèze*, (14). La conciliation, la tolérance sortirent pour ainsi dire de la situation même ; elles furent le fruit des circonstances, des nécessités du temps. Au milieu des guerres religieuses, se forma

(11) Son traité n'a cependant été publié qu'en 1619.

(12) II. page 56.

(13) C'est du temps de Suarez que l'on discute avec passion cette subtile question : la Souveraineté déléguée par le peuple au Roi appartient-elle au peuple de droit Divin ? Ou bien le Souverain élu par le peuple reçoit-il néanmoins la souveraineté directement de Dieu ? Les rois protestants pour s'égaler au Pape, prétendaient tenir leur autorité immédiatement du ciel. Cette doctrine est vivement combattue par Suarez.

(14) Paul Janet, II, p. 17 et 135.

un parti moyen, qui chercha à s'élever au dessus des partis extrêmes en prônant la tolérance religieuse et le respect de l'autorité royale. Ce fut le *parti des politiques*. Le plus célèbre représentant de cette Ecole nouvelle est un contemporain du roi Henri IV, **Bodin**. (15)

— *Bodin* est le plus grand théoricien politique du XVI[e] siècle. Son ouvrage est intitulé : *Les livres de la République* (16). Paul Janet le compare, pour l'étendue du sujet et la richesse des matériaux, à la *Politique* d'Aristote ou à l'*Esprit des lois* de Montesquieu (17). L'abondance des faits et des détails historiques, la connaissance profonde des principes juridiques : tels sont les mérites originaux de son œuvre. Il faut surtout signaler sa théorie du meilleur gouvernement, et sa théorie des climats, que lui a empruntée Montesquieu. Mais le centre de sa doctrine, c'est la notion de Souveraineté, que de nombreux écrivains modernes, en Angleterre notamment, ont adoptée comme base de la science de l'Etat (18).

22. Hobbès et Locke. *Les travaux politiques du* **XVII[e] siècle** *se rattachent tous, directement ou indirectement, à la Révolution d'Angleterre* (19). *Hobbès* la combat, et *Locke* la défend. *Bossuet* soutient en France la même cause que Hobbès en Angleterre, celle du pouvoir. Les problèmes relatifs à la souveraineté, au droit de résistance et au droit de révolte, préoccupent surtout les penseurs.

— **Hobbès** défend au profit des Stuarts l'absolutisme et l'inviolabilité de la puissance royale. Ses deux ouvrages poli-

(15) V. *Baudrillart*. Bodin et son temps 1853. — *E. Hancke*. Bodin, eine Studie über den Begriff der Souverainetät. 1894.

(16) Le succès en fut immense. Trois éditions parurent de 1577 à 1580. Bodin en publia lui-même une traduction latine en 1586. Une traduction anglaise fut publiée au début du XVII[e] siècle.

(17) Tome II, p. 114.

(18) *Pollock*, p. 79 et ss. de la traduction Anglaise. — *Bluntschli*. Théorie générale de l'Etat, p. 434.

(19) Paul Janet, t. II, p. 143 et 144.

tiques, le *De cive* (1642) et le *Leviathan* (1668), sont des livres de parti en même temps que des livres de science. Hobbès recueille la doctrine de Bodin sur la souveraineté et cherche à justifier le despotisme par des arguments rationnels. Il lui donne pour appui sa théorie du *Contrat social.* Il imagine, antérieurement à toute société, un état de nature qu'il caractérise par ces mots : *bellum omnium in omnes, unius cujusque contra unumquemque.* Le besoin de vivre en paix et le devoir de conservation forcent les hommes à sortir de cet état, à instituer une autorité souveraine, envers laquelle ils s'engagent à une obéissance absolue. La puissance politique réunit donc entre ses mains tous les pouvoirs, puisqu'elle est constituée par la délégation que lui font tous les citoyens de tous leurs droits. Elle est seule juge des bonnes et des mauvaises actions individuelles. Elle a le droit de fixer par des lois ce qui est juste et ce qui est injuste, d'autoriser ou d'interdire les doctrines et les opinions. L'Etat est maître de toutes choses ; les propriétés particulières ne sont que des concessions qu'il octroie.

— L'*Essai sur le gouvernement civil* (1690) de **Locke** est un plaidoyer en faveur de la Révolution Anglaise (20) en même temps qu'un traité de Droit politique. Locke reprend l'idée de l'état de nature et du contrat social, cherche à justifier cette hypothèse et à démontrer que cette théorie conduit non pas à l'absolutisme du pouvoir, mais au contraire au gouvernement tempéré. Il admet des droits antérieurs à toute société politique, que les citoyens conservent perpétuellement et que l'Etat a précisément pour mission de défendre et de protéger. Tels sont : le droit à la vie, la propriété, la liberté et l'égalité. Suivant Locke, la société politique se constitue, lorsque les citoyens se dépouillent au profit d'une autorité commune de leur droit personnel de punir, c'est-à-dire du droit de venger eux-mêmes les atteintes à leurs droits naturels.

(20) Pollock, p. 108 et Paul Janet, II, p. 199 et s.

« Aucun penseur, dit Paul Janet en parlant de Locke, » n'a eu une plus grande influence au XVIII[e] siècle que ce » philosophe... Son *essai sur le gouvernement civil*, a beau- » coup servi à Montesquieu et à Jean Jacques Rousseau ». Locke démembre la souveraineté en pouvoir législatif, pouvoir exécutif et pouvoir confédératif (pouvoir de faire la paix ou la guerre), donne pour base à l'autorité publique le consentement exprès ou tacite des citoyens, n'admet pas que la monarchie absolue puisse jamais être une forme légitime de gouvernement, impose à l'Etat et surtout au pouvoir législatif, des bornes dérivant de sa mission même, laquelle est de protéger la vie des citoyens, leurs biens et leur liberté. Celle-ci consiste pour Locke dans le droit de faire usage de ses droits naturels sous la garantie des lois. C'est à Locke que J. J. Rousseau a emprunté le principe d'inaliénabilité de la souveraineté, et Montesquieu la notion de séparation des pouvoirs.

23. Montesquieu. J. J. Rousseau. Kant.

Le **XVIII[e] siècle** voit paraître deux livres, dont l'influence sur les doctrines politiques fut immense: l'*Esprit des lois* (1748) de *Montesquieu* et le *Contrat Social* (1764) de *J. J. Rousseau* (21). Ils se rattachent l'un et l'autre au courant d'idées qui remplit le XVIII[e] siècle et sont inspirés du désir de réformes qui agite à cette époque les esprits. **Montesquieu,** par la méthode d'observation, en étudiant les faits, en analysant les institutions, en invoquant l'histoire, s'élève à un idéal, dont l'idée des gouvernements mixtes et tempérés, la division et la pondération des pouvoirs sont les éléments principaux. L'apologie de la Constitution Anglaise est le point culminant de l'*Esprit des lois.* (22) **J. J. Rousseau,** au contraire, par la méthode spéculative, par l'abus des idées abstraites et des déductions, arrive à des conclusions toutes différentes; il prône la République,

(21) Il convient encore de citer parmi les œuvres de Rousseau, *le Discours sur l'inégalité des conditions.*

(22) *Paul Janet*, tome II, page 466.

l'égalité absolue, la Souveraineté directe et universelle, l'omnipotence de la volonté générale, qu'il identifie avec la loi.

Dans ses *Eléments de Droit Constitutionnel* (23), Mr *Esmein*, professeur à la Faculté de Droit de Paris, résume excellemment l'action exercée par les philosophes du XVIIIme siècle et notamment par Montesquieu le plus grand, et par Jean Jacques Rousseau, le plus enthousiaste.

Il ramène à quatre les théories dont ils furent non les créateurs, mais les vulgarisateurs éloquents: la théorie de la souveraineté populaire, la théorie de la séparation des pouvoirs, la théorie des droits de l'homme, la théorie des Constitutions écrites et du pouvoir constituant.

J. J. Rousseau a fait école; il a pour disciples et pour continuateurs les publicistes et les hommes d'Etat du nouveau comme de l'ancien monde, qui se sont élevés contre le pouvoir absolu, ont coopéré à propager les principes de 1789, à prôner les doctrines politiques abstraites. (24)

A l'école de Montesquieu se rattachent les nombreux écrivains qui « ont suivi sa voie dans l'analyse et l'admira» tion de la Constitution Anglaise » (25) et ont soutenu une politique, « fondée sur le respect des traditions et de l'histoire ». Citons parmi eux le génevois *Delolme*, dont le traité sur la Constitution de l'Angleterre (1771) fit fortune; le jurisconsulte anglais Blakstone, qui publia en 1765 ses *Commentaires of the laws of England;* plus tard, les hommes d'Etat et les écrivains de l'*Ecole doctrinaire*: *Royer Collard* (discours parlementaires sous les deux Restaurations), *Guizot* (26), *Benjamin Constant* (27), *Duvergier de Hauranne* (28), et *Sismonde de Sismondi* (29).

Paul Janet fait remarquer qu'il manquait aux écrivains

(23) V. page 148 de la seconde édition.
(24) Paul Janet, II, p. 399, 463.
(25) *Ibidem.*
(26) Histoire du gouvernement représentatif 1821-1822. Ecrits et Discours.
(27) Cours de Politique constitutionnelle (1817 à 1820).
(28) Histoire du gouvernement parlementaire en France (1814-1848).
(29) Etudes sur les constitutions des peuples libres, 1836 à 1838 — 3 vol.

politiques du XVIIIme siècle une théorie du devoir et du droit. *Grotius, Puffendorff, Leibnitz, Wolff et Vattel* avaient jeté les bases du Droit naturel. **Kant,** en se fondant sur la raison pure, rattache la Politique au Droit, le Droit à la Morale, et élève sur ces bases une philosophie complète (30). Sa politique n'a guère d'originalité; elle ne fait que reproduire les doctrines du temps, le contrat social, la séparation des pouvoirs. Paul Janet fait pourtant observer que Kant précise et rectifie ces théories en plusieurs points importants. Ce qui lui appartient en propre, dit-il, c'est sa remarquable polémique contre le droit d'insurrection (31).

§ 4. Les Sciences politiques au XIXme siècle.

24. Ecrivains politiques modernes. La Révolution Française, jusqu'en ces dernières années, a été le centre de la littérature politique (32). Les problèmes qu'elle a soulevés, notamment les questions relatives à la participation des citoyens à l'exercice de la souveraineté, sont l'objet principal des préoccupations des penseurs et des publicistes. La Révolution elle-même jugée par *Fichte* (33), par *Madame de Stael* (34), par *Burke* (35) est éloquemment combattue par l'Ecole royaliste: MM. *de Bonald* et *Joseph de Maistre*, dont les doctrines sont représentées en Allemagne par *J. Stahl*, l'auteur d'un remarquable ouvrage sur la Philosophie du Droit.

L'Ecole doctrinaire accepte sans réserve les faits accomplis par la Révolution, mais, redoutant les progrès de la démocratie, essaie de la contenir en opposant au principe de la souveraineté populaire la doctrine de la souveraineté de la raison.

(30) Paul Janet, II, p. 573 ss.

(31) Même ouvrage, pages 611 ss.

(32) Paul Janet: La Philosophie de la Révolution Française.

(33) Réflexions sur la Révolution de France.

(34) Son livre est une apologie de la Constitution Anglaise; il fut publié en 1818 après la mort de l'auteur sous ce titre: Considérations sur la Révolution Française.

(35) Réflexions sur la Révolution Française, 1790.

L'on peut rattacher à cette école, illustrée par *Royer Collard, Guizot, Benjamin Constant,* de nombreux publicistes contemporains, *Renan, Jules Simon, Thureau-Dangin* (36).

D'autres écrivains, *de Tocqueville* (37), *Taine* (38), *Dupont-Whité* (39), *Emile de Laveleye* (40), croient à l'avènement de la Démocratie; ils l'observent et l'étudient et recherchent les moyens d'en corriger les vices et d'en prévenir les dangers.

25. Les sociologues *Depuis quelques années les préoccupations des penseurs ont pris une direction nouvelle.* Au premier plan apparaît le problème social, c'est-à-dire le problème des conflits entre le travail et le capital. L'on voit surgir dans la vie politique des questions nouvelles et prévaloir des solutions contraires aux idées de 1789.

L'une de ces questions est celle de la **composition du corps social.** La Révolution avait supprimé les organismes sociaux, les corporations, les associations. En réduisant la société à une juxta-position d'individus, elle livrait les citoyens, isolés, sans défense, au despotisme du pouvoir. De nombreux écrivains réagissent aujourd'hui contre cet individualisme, dans lequel ils voient pour beaucoup une cause d'asservissement et d'impuissance. C'est dans le maintien et la restauration des organismes sociaux qu'ils montrent le salut et le progrès. Ils demandent le rétablissement des collectivités ou des corporations, appropriées bien entendu aux besoins du temps. Cette thèse est énergiquement défendue par les disciples de *Leplay*, par les *Sociologues*, par certains écrivains politiques, qui se sont faits en ces derniers temps les défenseurs de l'introduction dans les systèmes électoraux du principe

(36) Histoire de la monarchie de Juillet.
(37) La Démocratie en Amérique. — L'ancien régime et la Révolution.
(38) Les origines de la France contemporaine.
(39) L'individu et l'Etat.
(40) Le gouvernement dans la Démocratie. — 2 vol. 1891.

de représentation des intérêts. Citons en Belgique, *M[r] Prins*, dont les livres font autorité (41).

26. Adversaires et partisans de l'intervention de l'Etat

Une seconde question divise les esprits, celle des fonctions de l'Etat, de ses devoirs, de sa mission. Dans la première moitié du siècle, la théorie de non-intervention domine ; elle est professée en Economie politique par l'Ecole de Manchester (école du libre échange, du laissez faire, laissez passer), dont les doctrines et les tendances sont représentées en France par *Bastiat, Laboulaye, Jules Simon, Leroy-Beaulieu ;* en Allemagne par *C. de Humbolt* et *Mohl*, en Angleterre par *Stuart Mill, Herbert Spencer et Huxley.*

Le Socialisme contemporain prône la thèse opposée. La littérature socialiste comprend les brochures de *Lassalle*, le livre *(Le Capital 1867)* de *Karl Marx*, les travaux de *Benoît Malon*, et les nombreux ouvrages, brochures, discours, revues et compte-rendus de Congrès, par lesquels se manifeste de nos jours l'inquiétante vitalité des théories collectivistes.

L'Ecole Démocratique contemporaine respecte et défend les bases essentielles de l'ordre social, la religion, la famille, et la liberté des contrats, mais réclame plus de justice dans les lois, plus d'assistance pour les humbles, plus de garanties pour tous. Elle arrive à des conclusions et poursuit des réformes auxquelles se rallient dans des camps divers de nombreux publicistes favorables à l'intervention de l'Etat en vue de multiples améliorations sociales. *Adam Smith, Dupont-White, Stuart Mill* en ses derniers écrits, *de Laveleye* représentent ce mouvement d'idées, qui a pris un moment en Allemagne un grand développement sous le nom de *Socialisme de la chaire* (42).

(41) *La Démocratie et le régime parlementaire. — L'organisation de la liberté et le Devoir social.*

(42) V. *de Laveleye.* Le socialisme contemporain — *Schäffle. La quintessence du socialisme* et ses derniers écrits — *Léon Say.* Le Socialisme d'Etat — Paul Janet signale la belle discussion qui eut lieu à l'Académie des Sciences Morales et Politiques V. compte rendu d'avril 1896.

26. Publicistes anglo-saxons

Les publicistes Anglais et Américains (43), ceux du moins qui ont secoué le joug de la littérature politique de notre vieux continent, se réclament surtout des théories de *Bentham*, et des vues de *John Austin* (44), précisées par le professeur *Holland* dans *The Elements of jurisprudence* (1880 et 1893).

Sir Frédéric Pollock voit dans la distinction établie par ces publicistes entre la Morale, la politique et le Droit l'élément distinctif qui sépare l'Ecole Anglaise des écoles continentales. Et l'un des plus distingués représentants de la science politique aux Etats-Unis, le professeur *John W. Burgess* de *Columbia College*, partage le même avis ; il signale l'adhésion donnée à la doctrine Anglaise par certains publicistes d'Europe: Laband (45), Van Holst (46), Jellinek (47).

27. Problèmes actuels

En ce moment, ce sont les notions de personnalité morale, de souveraineté et de représentation politique qui soulèvent les plus délicates controverses. Les livres marquants de la littérature politique la plus récente sont principalement consacrés à la critique des théories régnantes sur ces sujets et à l'élucidation de ces notions. En France, le solide travail de *L. Duguit (L'Etat, le Droit objectif et la loi positive)* a fait sensation, non moins que le beau livre du *Marquis de Vareilles Sommières*, intitulé *les Personnes morales*, dont *L. Michoud*, professeur à Genoble, fait dans la *Revue du Droit public* (48) une appréciation critique à

(43) V. *Pollock*. Introduction à la science Politique — *Burgess* Political science and comparative Constitutional law — *Sidgwick*. The elements of Politics.

(44) Theory of jurisprudence.

(45) Staatsrecht des deutschen Reiches (traduit en Français).

(46) Verfassung und Demokratie der Vereinigten Staaten von America.

(47) Die Lehre von den Staaten verbindungen — Le principal ouvrage de cet auteur a pour titre: System der subjectiven öffentlichen Rechte. Freiburg 1892.

(48) Tome XX, p. 339 s.

tel point judicieuse, qu'elle assure d'avance plein succès au travail d'ensemble qu'annonce l'honorable professeur sur le même sujet, déjà traité par lui dans la même Revue (tome XI).

Nous aurons l'occasion d'invoquer et de faire connaître plus tard les chefs-d'œuvre de la littérature juridico-politique allemande (*Laband* — *Gerber* — *Jellinek*), où les mêmes notions et les mêmes controverses font l'objet d'études et de développements approfondis.

Il convient de signaler, à raison de sa haute valeur intrinsèque, l'important ouvrage, que sous ce titre : *La Démocratie et l'élection proportionnelle* (49) a publié un docteur en droit de l'Université de Paris, grec d'origine, *Nicolas Saripolos*. C'est une œuvre d'étonnante érudition, et de profonde analyse.

La Revue *Larnaude* (50) occupe dans le travail de revision et de développement des doctrines politiques une place importante. De toutes parts, lui viennent des travaux critiques ou dogmatiques, soumettant à nouvel examen les notions consacrées, les opinions dominantes et proposant des formules plus précises, mieux adéquates aux réalités sociales et politiques.

Dans cet ordre d'idées, il faut citer les études très remarquées (51) de M. Maurice Deslandres, professeur à l'Université de Dijon sur la *Crise de la science politique*, il aurait pu dire : sur la Méthode du Droit Constitutionnel.

Ces études tendent à montrer l'insuffisance de la Sociologie, du Droit pur, de la Philosophie dogmatique, du Droit comparé, du simple bon sens, de leurs méthodes et de leurs procédés, pour édifier la Science politique.

(49) 2 volumes — Paris — Librairie Rousseau.

(50) Revue de Droit public et de science politique. — Elle a pris en effet dans le langage courant le nom de son éminent fondateur, Ferdinand Larnaude, professeur de Droit public général à la Faculté de Droit de Paris.

(51) Six articles publiés en 1900 et 1901.

La Sociologie peut décrire et expliquer: elle ne peut guère juger; elle n'éclaire pas les esprits sur la route à suivre ; elle n'a pas d'idéal à proposer aux volontés réclamant des règles d'action ; elle ne sort pas du réel : c'est la négation du progrès.

Le Droit pur, rigide, logique, absolu en ses formules, est impuissant à rendre compte seul des institutions politiques et à diriger leurs actes. L'activité des pouvoirs publics se meut dans un ordre beaucoup plus large que le domaine juridique et l'organisation comme l'existence de ces pouvoirs sont à tout instant le résultat de faits historiques et de considérations pratiques, économiques, expérimentales. On a qualifié de méthode allemande, la méthode juridique ainsi appliquée: c'est en effet le point de vue trop exclusif auquel se sont placés les principaux auteurs de Traités de Droit public de l'Empire d'Allemagne (Laband — Zorn — Georg Meyer.)

La *Philosophie sociale ou Droit naturel* fournit à la science de l'Etat des notions fondamentales, qui la dominent toute entière. Elle met en relief la nature morale de l'homme, qu'aucun système politique ne peut contrarier et définit la destinée humaine, but final de toute vie sociale, comme de toute existence individuelle. Mais le Droit naturel encoure le reproche de dogmatisme, et d'*a-priorisme*, quand, prenant pour point de départ des notions abstraites, des définitions purement rationnelles, (ex: la définition de la liberté (52), ou celle de la démocratie(53), il se borne à en déduire des conséquences purement logiques, ne tenant compte ni des faits ni des circonstances présentes ni des traditions ni des tempéraments populaires.

L'unique méthode, la seule féconde, c'est la *méthode historique*, qui tenant compte des vérités rationnelles et des faits, de l'évolution générale des idées et des régimes sous l'empire de certaines lois Providentielles ou fatales, à la lumière du bon sens, de l'expérience des choses, de la comparaison des institutions diverses, étudie les doctrines et les

(52) J. J. Rousseau — Le Contrat social.
(53) Saripolos, jusqu'à un certain point.

régimes politiques, les analyse, les apprécie, décrit leurs origines, leurs applications, leur fonctionnement, leurs effets utiles ou nuisibles, et conclut pratiquement à la mesure de leur valeur, à leur conservation, à leur abandon ou à leur changement. Telle est la conclusion des consciencieuses études de M. Deslandres: nous nous y rallions pleinement.

Aussi, ne s'étonnera-t-on pas qu'avoir achevé ce rapide historique de l'évolution des doctrines, ce soit, au point de vue de notre Droit national, une autre face de l'histoire que nous abordions dans le chapitre suivant. Nous y prenons pour tâche de rappeler sommairement *les origines et les sources du Droit constitutionnel Belge.*

CHAPITRE IV.

Les Origines et les sources du Droit Constitutionnel Belge. (1)

§ I. L'Ancien régime. (2)

28. Portée de cette étude. Le Droit public de l'Europe occidentale est le résultat d'un longue évolution historique. Notre régime constitutionnel spécialement a dans le passé de profondes racines. Pour en décrire les origines, il convient de remonter au delà de 1789, jusqu'à ces institutions d'autrefois, auxquels nos pères furent si fièrement attachés. Notre patriotisme s'alimente de ce souvenir.

Au surplus, la science ne commande-t-elle pas de rattacher le Droit actuel au Droit précédent, afin de montrer que les institutions durables ne se créent pas de toutes pièces dans la cervelle des politiciens, qu'elles s'élaborent lentement dans le cours des âges, sous l'action prolongée des faits et des contingences sociales.

A part l'Angleterre, dont le Droit public présente bien avant 1789 un développement qui a fait de ce pays le berceau du Droit constitutionnel, tous les Etats de l'Europe,

(1) *Bosch*. Des origines du Droit constitutionnel Belge. Belgique judiciaire, XIX, p. 289. — *Callier*. Sur l'origine de nos libertés. Discours rectoral du 16 Octobre 1883.— *Eug. Hubert*. L'origine des libertés Belges.

(2) *de Tocqueville*. L'ancien régime et la Révolution. *Taine*. Les origines de la France contemporaine. *Prins*. La Démocratie et le régime parlementaire. *Faider*. Etudes sur les Constitutions nationales. *E. Poullet*. Les Constitutions nationales Belges. — Histoire politique interne de la Belgique. *Pergameni*. La Constitution et notre ancien Droit national. *Kufferschlager*. Les origines nationales de la Constitution. *Lelièvre*. Institutions Namuroises VIIIme Volume des Annales de la Société Archéologique de Namur. *J. B. Van den Berg*. L'ancien régime en Belgique. Journal historique et littéraire, Tomes 31 et 32.

peut-on dire, possèdent, au moment où le dix-huitième siècle va finir, des institutions politiques à peu près similaires. Les provinces Belges, y compris la principauté de Liége, ne se distinguent des autres Etats que par l'abondance des garanties et l'ampleur des libertés conquises ou octroyées. Ce que nous allons décrire sommairement, c'est donc le système politique général que le Moyen âge avait produit et qui, malgré les déformations que l'absolutisme lui fit subir dans les derniers siècles, se trouvait au début de l'ère contemporaine, pratiqué en ses éléments essentiels, dans tous les Etats occidentaux de notre vieux continent. — Nous nous en tiendrons dans notre exposé aux grandes lignes, aux principes des institutions. Des indications plus détaillées seront fournies plus tard, dans l'étude des matières spéciales.

29. Absence d'unité et de codification. Notre Droit public fondamental trouve aujourd'hui son expression précise et complète dans une constitution écrite, solennellement promulguée et commune à toutes les parties du pays. Il n'en était pas de même jadis. — Les divers pays correspondant au territoire actuel de la Belgique, bien que formant au point de vue dynastique seulement une masse indivisible, constituaient autrefois, non pas un Etat unitaire, ni une fédération d'Etats, mais des Etats différents. Le prince n'était pas roi ou duc de Belgique, mais duc de Brabant, comte de Flandre, de Namur, etc... Chaque province, comté, duché, marquisat avait une organisation politique séparée, une représentation, des privilèges propres. Il n'y avait donc pas un Droit constitutionnel général ; les institutions variaient d'une province à l'autre.

Dans aucune des provinces, le Droit public n'était codifié. Aucune d'elles ne possédait ce que nous appelons aujourd'hui une Constitution écrite. Comme en Angleterre actuellement, le Droit public reposait 1° sur des traditions, des précédents (3); 2° sur certains documents écrits, les Chartes, les Keuren,

(3) Dans la principauté de Liége, les précédents furent souvent l'objet d'attestations authentiques et solennelles de la part des corps judiciaires du pays. Ces attestions s'appelaient *records*.

les Joyeuses Entrées. La Joyeuse Entrée du Brabant consacrait tous les privilèges de cette province. Parmi les sources du Droit constitutionnel Liégeois, il faut mentionner les *Paix du pays*, véritables traités entre le prince et ses sujets. Ces documents ne règlaient pas l'organisation générale des pouvoirs publics: ils ne stipulaient que sur divers points particuliers: on ne peut donc les comparer aux Constitutions modernes.

30. En quoi consistait la souveraineté nationale ?

On chercherait en vain, sous l'ancien régime, un *texte* constitutionnel ou législatif analogue à l'art. 25 de la Constitution Belge: « Tous les pouvoirs émanent de la nation ». — D'autre part, la doctrine de J. J. Rousseau attribuant à la volonté générale, à l'universalité des citoyens la souveraineté totale et absolue n'eût pas trouvé faveur.

Et pourtant, « les Etats chrétiens étaient libres », dit Edmond Poullet (4). Quand on observe *les faits* et quand on leur donne leur interprétation naturelle, l'on se convaint aisément que la souveraineté nationale n'était pas alors un vain mot. Si les libertés individuelles et les droits politiques n'étaient guère à cette époque inscrits dans les lois positives, en revanche les mœurs, les traditions et des croyances solidement établies protégeaient les citoyens contre les abus et donnaient à la nation une large part d'intervention dans la conduite et le contrôle des affaires de l'Etat. — En dépit de la confusion, que le système féodal pût produire entre la souveraineté (fonction sociale) et la propriété (droit individuel), en dépit des maximes du Césarisme, remises en honneur par les *Légistes*, jamais le prince ne fût autorisé à se déclarer monarque absolu.

Le christianisme faisait envisager l'autorité publique moins comme un ensemble de pouvoirs que comme un ensemble de charges. La première obligation imposée au souverain, était le

(4) Histoire politique interne, I, p. 347.

maintien des droits et privilèges du pays, qu'il jurait de protéger. La nation, considérée dans ses multiples éléments constitutifs, était pourvue alors d'un ensemble de droits et de prérogatives, que le Moyen âge proclamait aussi sacrés que ceux de l'autorité princière. La puissance de l'Etat était contenue par les droits reconnues à l'Eglise, aux corps représentatifs des provinces, aux communes, aux citoyens, aux personnes morales. Ces droits se dressaient partout en face des droits princiers et leur servaient tout ensemble de soutien, de limite et de contrepoids (5). C'était leur faisceau, dit encore *E. Poullet*, qui constituait, dans chaque principauté, la *Constitution nationale.*

Au surplus, le serment inaugural du prince de respecter les droits du pays, ne constituait pas uniquement un frein, une garantie morale. L'inauguration avait une double portée: c'est, dit le même auteur (6), l'acte solennel par lequel le souverain, quand il monte au trône en vertu de son droit héréditaire est contraint de reconnaître que son pouvoir est limité par une Constitution. — Ajoutons qu'elle impliquait un partage de la souveraineté entre le prince et ses sujets, car « elle nouait entre lui et son peuple un véritable con« trat synallagmatique et consacrait légalement au profit « des sujets un droit de résistance de nature propre, pour « le cas où le prince manquait à ses engagements » (7).

Il y avait donc certains points fondamentaux, que le prince n'aurait pu modifier sans l'assentiment des Etats. Sans doute, ces points étaient un peu nombreux et n'avaient pas été déterminés d'une manière assez précise pour empêcher tout conflit ; mais en ce qui concerne ces points,

(5) *Poullet*, I, p. 45, 46, 347 à 354. — *E. de Laveleye* a pu écrire dans la préface du beau livre de Mr Prins, la Démocratie et le régime parlementaire: « Partout, au Moyen âge, les pouvoirs émanaient du peuple... non de la » foule amorphe, mais des différentes forces sociales constituées, et je suis » porté à croire, avec Mr Prins, que ce régime était plus réellement repré» sentatif que le nôtre.» — Conf. Saripolos, I, p. 15.

(6) I, p. 349.

(7) I, p. 352.

le monarque ne pouvait agir ni décider seul. *N'est-ce pas là qu'il faut voir l'origine de la grande distinction que font les modernes entre la constitution et les lois, entre le pouvoir constituant et le pouvoir législatif ?*

31. Pouvoir princier

En dehors des questions constitutionnelles, le prince avait la plénitude de la puissance publique, concentrait en lui tous les pouvoirs et les exerçait librement sans avoir à se conformer aux décisions d'une majorité parlementaire.

L'ancien régime ne connaissait ni l'institution ministérielle ni le gouvernement de cabinet, tels qu'on les comprend de nos jours. Il n'était pas question de l'irresponsabilité du chef de l'Etat ni de son incapacité d'agir sans le contreseing d'un ministre exclusivement et exceptionnellement responsable. Le roi choisissait à son gré ses conseillers et ses collaborateurs. C'est de sa libre initiative et autorité que furent établis les *Conseils collatéraux* et que furent convoqués les *Etats généraux*, dont il nous suffira de dire qu'ils ne furent jamais ni les uns ni les autres des institutions constitutionnelles ni des organes de la souveraineté. La division des pouvoirs était ignorée ; le chef du gouvernement était en même temps la source et le dispensateur de toute juridiction ; l'organisation judiciaire de l'époque se caractérisait par l'existence de nombreux tribunaux d'exception et par l'attribution à des corps mixtes, conseils de justice, échevinages, d'attributions d'ordre administratif unies à des fonctions judiciaires.

32. Les Etats provinciaux

Les *Etats provinciaux*, comme les ordres dont ils se composent, sont sortis moins de la volonté préconçue des hommes que du développement naturel de la société: ils sont le produit de l'histoire (8). *Ed. Poullet* en retrace minutieusement les origines ; il montre comment dans la société sortie des transformations du monde carolingien, trois éléments actifs se dessinent et se consolident, indépendants les uns des

(8) Poullet, II, page 160.

autres, ayant tous avec le pouvoir princier des rapports directs de nature propre, dominant ou groupant chacun une fraction de la population ou tout au moins occupant un rang à part parmi elle. Les *assemblées des grands*, sorties des cours plénières du moyen âge réunissent autour du prince les seigneurs et les grands propriétaires allodiaux et féodaux, puis les délégués des villes et des grandes communautés rurales organisées à l'instar des villes (les franchises et chatellenies), enfin les représentants du clergé, notamment des chapitres et des abbayes, appelés à raison de leurs possessions foncières à former avec le baronage rural la représentation du plat pays. Elles deviennent au XIV[me] siècle un rouage habituel du gouvernement et prennent à peu près partout le nom d'Etats, qu'elles conserveront jusqu'à la chute de l'ancien régime. La communauté des intérêts ne tarde pas à rapprocher les uns des autres les membres de chaque classe : tandis qu'au début, chaque individualité ne parlait que pour elle-même, bientôt les individualités d'une même nature politique cherchent à s'appuyer les unes sur les autres, à former de véritable corps, *des ordres* : l'ordre du clergé, l'ordre équestre ou de la noblesse, l'ordre des villes dit plus tard le tiers. — Tout cela est l'œuvre du temps et du rapprochement des intérêts.

Quand les ordres sont formés, les différents membres, qui y ont leur entrée votent librement, mais sont naturellement amenés, contraints même de se plier à la volonté de la majorité (9).

Les Etats provinciaux avaient une autorité réelle, un pouvoir politique considérable. Leur existence et leurs droits les plus importants étaient certainement d'ordre constitutionnel. « Ils tenaient, dit E. Poullet (10) les cordons de la bourse « des sujets et nul impôt, direct ou indirect, ne pouvait, sous « aucun prétexte ni dans aucune circonstance, être légitime-

(9) *Poullet* I. p. 577 ss, II, p. 160 à 166.

(10) II, p. 313.

« ment établi sur les personnes ou sur les biens, sans leur « consentement préalable,formel,donné dans des formes cons« titutionnelles rigoureuses. Cette dernière prérogative des « Etats était, on peut le dire, une garantie de liberté politi« que nationale. En matière gouvernementale, celui qui dis« pose des deniers, a toujours, quoiqu'on fasse, une action « considérable sur la marche des affaires. C'est grâce au vote « libre des subsides, et à la faculté de mettre des conditions « *sine qua non* à leur vote, que les Etats obtenaient le plus « souvent le redressement des griefs, et qu'ils parvenaient « à exercer une **initiative indirecte mais sérieuse en ma« tière de gouvernement et de législation.** » Sauf en ce qui concerne les points regardés comme constitutionnels, ils n'étaient pas, en effet, co-souverains; ils n'étaient pas des organes directs du pouvoir législatif, lequel appartenait théoriquement au prince seul. Mais, à raison de leur *droit de pétition*, de leur droit *de remontrance* et de leur droit de consentir les subsides, à raison aussi de leur compétence économique et administrative due à leur constante intervention dans la gestion des intérets provinciaux, ils ne cessèrent en fait d'avoir une large part, d'exercer une influence souvent décisive dans le décrètement des mesures et dans la réalisation des réformes législatives, politiques, judiciaires et administratives. Tel qu'il fonctionnait, le système de participation du prince et des Etats à l'œuvre de la législation ne demandait qu'à être régularisé pour se transformer, comme en Angleterre, en pouvoir législatif, tel que nous le connaissons.

33. Parallèle entre les Etats et nos Chambres.

Comparons sommairement les Etats provinciaux à nos chambres actuelles. A l'inverse de celles-ci, ils n'avaient pas de session constitutionnellement obligatoire; mais en fait, la nécessité de leur concours les faisait réunir chaque année en une ou deux sessions, à peu près comme nos conseils provinciaux. Ils nommaient une sorte de députation permanente, pour régir en leur absence les intérêts de la province.

Tandis que nos chambres forment des assemblées unitaires, indivisibles, où l'on vote par tête, les Etats délibéraient par ordres, chaque ordre ayant une voix indépendante. En matière d'impôts et de changements à la constitution, le vote unanime des trois ordres était nécessaire pour valoir consentement. Cette unanimité était requise en toutes matières dans la principauté de Liége, où l'on disait : *Deux Etats, pas d'Etat.*

Les membres des Etats jouissaient d'immunités analogues à celles que la constitution garantit à nos députés et sénateurs; mais ils se différenciaient beaucoup de ceux-ci par la nature et par l'origine de leur mandat.

Les membres des deux chambres représentent aujourd'hui la nation toute entière, ce qui revient à dire qu'ils sont les organes directs de l'Etat lui-même et sont comme tels affranchis de tout mandat impératif. Les ordres se composaient au contraire de membres représentant exclusivement des classes et des intérêts sociaux distincts. L'ordre du clergé et celui de la noblesse laissaient en général à leurs membres pleine indépendance d'opinion et de vote. Mais les députés du tiers (11) ne siégeaient qu'*ad referendum*, se bornaient à prendre connaissance des propositions et à les soumettre à leurs commettants. « Les députés des villes, dit Poullet (12) « n'étaient en principe général que des députés muets. Ils « venaient écouter les propositions faites aux Etats, les rap- « portaient au magistrat communal, et celui-ci, d'accord avec « *la grande commune locale*, leur donnait le mandat impé- « ratif d'aller voter aux Etats dans tel ou tel sens ».

On connaît le mode d'après lequel sont nommés actuellement nos députés et sénateurs.

La formation des trois ordres composant les Etats était beaucoup plus complexe.

Le clergé avait en général pour représentants des membres siégeant en vertu d'un usage immémorial et d'une

(11) Sauf dans le Limbourg, le Luxembourg, dans le Hainaut et dans la province de Namur.

(12) Ouvrage cité, page 311.

possession constante. Le clergé régulier avait une prépondérance politique immense sur le clergé séculier, lequel n'intervenait aux Etats qu'en Hainaut, par ses doyens ruraux et en Flandre par ses évêques. L'ordre du clergé se composait surtout d'abbés titulaires et de prévots ou de délégués des chapitres de chanoines.

L'*ordre équestre* était la réunion, convoquée par le prince, des nobles en situation de prouver devant leurs pairs la possession d'un certain nombre de quartiers de noblesse et la possession dans la province de domaines d'une certaine étendue (13).

Le tiers Etat (14) se composait partout de délégués des villes, choisis par leurs magistrats. Les villages nommaient aussi des députés dans le Limbourg ainsi qu'en Flandre les chatellenies (arrondissements ruraux) (15). Aux Etats Namurois, l'ordre du tiers ne comprenait que le magistrat de la ville de Namur et les députés des vingt-quatre corps de métiers. Les autres villes et la partie rurale de la province étaient représentées par des officiers ou des députés siégeant dans l'ordre des nobles.

33. Libertés locales.

Bien que comprimée dans les derniers siècles, l'autonomie provinciale et communale n'a cessé d'être en Belgique un principe traditionnel, l'un des éléments primitifs, essentiels, de notre système politique. C'est dans la division de notre pays en nombreuses principautés distinctes, qu'il faut chercher l'origine de nos institutions provinciales. — Quant aux anciennes communes Belges, nous ne pouvons songer ici à en retracer l'histoire (16) ni à

(13) Poullet. Les Constitutions nationales, p. 142 ss.

(14) Nous renvoyons pour les détails au même ouvrage, p. 144 ss.

(15 Au moment où le tiers Etat du Brabant devient menaçant pour le pouvoir, celui-ci essaye d'y introduire l'élément campagnard. V. *Delplace S. J.* Joseph II, page 18.

(16) *Dumortier*. Rapport sur la loi communale. *Bernimolin*. Les institutions provinciales et communales de la Belgique. *E. Poullet*. Histoire politique interne. *Léon Vanderkindere*. Le siècle des Artevelde. *Wauters*. Les libertés communales.

en décrire les organisations variées et complexes. Rappelons seulement que les grandes communes constituaient au Moyen âge de véritables souverainetés, des Etats en raccourci, des personnalités indépendantes militairement et financièrement, chargées de la législation et de l'administration locales, appelées d'autre part à rendre la justice et à participer par leurs délégués au gouvernement du pays. Elles n'arrivèrent pas à obtenir la libre élection de leurs magistrats(17); il paraît bien que les fonctions communales demeurèrent presque partout aux mains d'une aristocratie bourgeoise (18) ; mais elles ne cessèrent d'être les remparts des libertés publiques et de jouer dans l'Etat un rôle souvent prépondérant.

Il est, chez les historiens, trop peu question du pays rural ou plat pays, parce qu'il n'eût pas de rôle politique et que ses institutions ne se modifièrent pas fondamentalement (19). Pourtant, dès le XIIIme siècle, d'immenses progrès s'étaient réaliser dans le monde villageois. Dès cette époque, apparaissent des chartes rurales, dont plusieurs étendues de proche en proche consacrèrent de nombreuses libertés et garanties locales.

Ainsi, en fut-il de la loi de Beaumont (20), adoptée dans une foule de villages et même de petites villes du Luxembourg. Il est, en tout cas, certain que les communautés locales de villageois constituaient de véritables personnes juridiques, se réunissaient en assemblées ou *plaids* pour délibérer sur leurs intérêts communs, régir leurs biens, régler leurs charges et promulguer des ordonnances de police ; elles avaient à leur tête des magistrats locaux : officiers de justice, échevins, taxateurs, bourgmestres (21).

(17) Pourtant au XIVme siècle, le principe électif est appliqué dans certaines villes et d'une manière restreinte à la désignation des magistrats communaux. — Poullet, II, p. 88 et 89.

(18) *Van der Kindere.* Ouvrage cité, chap. II.

(19) *Poullet.* Histoire, I, p. 538.

(20) Poullet, I, p. 323 ss. — *Kurth.* La loi de Beaumont.

(21) *Van der Kindere*, p. 257. — *Poullet*, I, p. 538 ss.

Il serait intéressant de constater les développements sous l'ancien régime des règles de la tutelle administrative, dont la Constitution (art. 108) proclame aujourd'hui la nécessité en vue de sauvegarder l'Unité de l'Etat et d'assurer l'harmonie entre les divers ordres d'intérêts, locaux, régionaux, généraux (22).

34. Inégalités personnelles.

Le régime des personnes nous amène à parler de leur classement et de leurs droits. Tandis que le Droit moderne consacre l'égalité des citoyens devant la loi, la société présentait dans les siècles précédents des classements, des inégalités nombreuses, qui avaient cessé de se justifier et que la conquête Française a heureusement fait disparaître.

On divisait les personnes en orthodoxes, non orthodoxes et juifs, en regnicoles et étrangers ou aubains, en surcéants (domiciliés) et non-surcéants, en clercs, clercs exempts et laics, en nobles, simples privilégiés et non nobles, en bourgeois, hommes libres et gens mainmortables. Au point de vue de l'impôt, de la justice, des fonctions publiques, la situation des individus, leurs obligations, leurs droits variaient d'une classe à l'autre. La noblesse formait dans toutes les parties du pays une aristocratie nombreuse, influente, pourvue de privilèges honorifiques, sociaux, politiques (23), notamment de tribunaux spéciaux, d'exemptions fiscales et du monopole des fonctions et offices les plus élévés. Le Droit pénal de l'ancien régime consacrait en Belgique comme en France les inégalités les plus choquantes. Le vilain qui en Brabant frappait un homme de sa condition n'encourait qu'une amende; il était passible d'une amende décuple, s'il frappait un écuyer de lignage; on lui coupait le poing, s'il frappait un chevalier (24). Le clergé tant régulier que séculier bénéficiait aussi de privilèges soit individuels soit collectifs (25): immunités

(22) *Poullet*, II. n°s 647 et 940.
(23) Poullet, I, p. 467 ss.
(24) Poullet, I, p. 470.
(25) Poullet, I, p. 364 ss.

fiscales et judiciaires, *(privilège du for)*. La juridiction ecclésiastique elle-même se divisait en ordinaire et spéciale: de nombreux clercs appelés clercs exempts (26), membres des chapitres de chanoines, des abbayes et de certaines corporations religieuses, étaient soustraits non seulement à la juridiction séculière, mais relevaient de juges écclesiastiques exceptionnels.

35. Droits et garanties personnelles. Quant aux droits des personnes, l'on ne saurait pour en comprendre la nature et la portée sociale, trop se dégager des idées contemporaines, notamment de ces théories individualistes qui rapportent tout à l'homme, à la personne prise isolement, tandis que le vrai point de vue pratique et scientifique commande de ne point séparer les individus de la position qu'ils occupent dans la vie sociale, de les considérer plutôt au sein des groupements auxquels ils appartiennent et auxquels ils sont attachés par leurs intérêts, leurs idées et leurs sentiments, par les multiples liens de leur existence publique et privée. C'est ce que le Moyen âge avait spontanément compris et réalisé. La liberté politique avait alors pour fondement non pas les droits électoraux de la masse ou d'une élite, mais la participation plus ou moins directe aux affaires du gouvernement des classes ou des ordres, et de principaux groupes d'intérêts. Les droits et les devoirs avaient un caractère collectif; qu'il s'agisse d'admissibilité aux emplois, de la désignation des magistrats, des charges fiscales ou militaires: ce ne sont pas les individus que l'on voit apparaître pour traiter avec le pouvoir et revendiquer des droits, mais des collectivités, des corporations, des groupes dont la solidarité fait la force et qui stipulent dans l'intérêt commun de leurs membres. — Le régime des droits politiques n'est donc rien d'autre que le système déjà décrit de coopération aux affaires publiques des principales classes sociales.

Le régime des libertés publiques n'a au Moyen âge rien

(26) Poullet, I, p. 369 ss. — p. 403.

de commun avec les droits de l'homme, si pompeusement proclamés en 1789. — L'on ne trouvera pas à cette époque une liste des libertés nécessaires ni ces interdictions rigoureuses adressées aujourd'hui aux pouvoirs constitués d'entraver par des mesures préventives certaines libertés déterminées. Mais, en y regardant de près, l'on constatera aisément qu'en fait la sphère de liberté accordée aux individus pouvait alors leur suffire et les rendre heureux et que leurs aspirations et leurs efforts ne devaient tendre qu'à être protégés par des garanties dans la paisible jouissance de leurs droits. Sur le terrain des garanties, les luttes furent fécondes, les progrès incessants, les résultats considérables.

Inviolabilité des juridictions, indépendance des magistrats, privilège de n'être traité que par droit et sentence, responsabilité des agents de l'autorité, liberté de résider, de circuler et de commercer, protection en matière d'arrestations, de visites domiciliaires et d'expropriations, droit de pétition, liberté des langues, liberté de réunion et d'association largement pratiquée: tous ces éléments de sauvegarde, de défense contre les abus, de protection pour les faibles, l'ancien régime les connût et les obtint.

36. Rapports entre l'Eglise et l'Etat.

Toutefois les rapports établis entre la religion et l'Etat entraînaient alors, au point de vue de la liberté des individus, certaines restrictions qui différencient fondamentalement le Droit ancien du Droit public moderne.

Depuis Charlemagne, toute l'organisation politique et sociale reposait sur l'union intime de l'Eglise catholique Romaine avec l'Etat. Cette union était le fruit de la conversion des peuples au Christianisme; clergé, princes et peuples avaient collaboré au grand travail de civilisation, opéré sous l'influence directrice et rédemptrice de la Papauté et de l'Eglise. Les deux pouvoirs se donnaient la main pour procurer le bien des peuples (27).

(27) Poullet. Histoire interne, I, p. 54.

Ce n'est pas le moment de décrire le rôle moral du Christianisme dans l'histoire du Moyen âge, de rappeler les services rendus par le clergé, les luttes entre les deux puissances, les triomphes de la Papauté, les usurpations du Néo-Césarisme.

Ce qui nous intéresse, c'est l'analyse des conséquences politiques que le Moyen âge et l'ancien régime avaient tirées du principe de l'Union de l'Eglise et de l'Etat. Ces conséquences doivent être indiquées, sous la réserve formelle toutefois de ne pas y voir des corollaires essentiels du principe, des nécessités tellement inhérentes au système, que partout et toujours elles en soient inséparables. « L'union de l'Eglise et « de l'Etat, dit *E. Poullet* (28) n'engendre ni toujours ni né« cessairement toutes les mêmes conséquences pratiques « dans les sociétés chrétiennes qui la prennent pour base de « leur organisation ». Le même auteur montre que dans la société carolingienne, le principe de l'union était appliqué en ce sens que *les institutions de l'Eglise et celles de l'Etat étaient groupées de manière à ne former qu'un seul ensemble.* A la fin de l'ancien régime, le clergé constitue dans l'Etat un ordre distinct ; il a sa législation propre et ses juges à lui; il est pourvu de privilèges fiscaux et politiques et possède un patrimoine et des revenus considérables.

L'Eglise, en revanche, est à la tête de tout le mouvement intellectuel et moral ; l'enseignement et la bienfaisance sont a peu près monopolisés entre ses mains ; toute législation et toute juridiction en matière de mariage, de filiation et même de testaments relèvent des autorités spirituelles. La tenue des registres de l'état civil est confiée aux curés des paroisses. Les lois canoniques, l'obligation du repos dominical, les décrets des conciles sont lois de l'Etat (29). Pourtant dès le XV[e] siècle, mais surtout à partir du XVIII[e], sous l'action de causes diverses, les rapports entre l'Eglise et l'Etat se modifient

(28) Histoire interne, I, p. 55.
(29) Poullet II, n[os] 717.

profondément ; l'intervention du pouvoir civil dans les affaires religieuses s'accentue peu à peu et ne tarde pas à soumettre l'indépendance de l'Eglise à des obligations qui tendent à l'assujettir à la suprématie de l'Etat. Le *placet* gouvernemental, les *concordats*, les *appels comme d'abus*, dont il sera plus tard question (30) datent du XV[e] siècle. Mais le principe d'Union demeure intact et subsiste dans ses conséquences essentielles. Les dogmes, la Morale, les intérêts catholiques, l'unité religieuse, sont les bases de l'ordre social et expliquent dès lors les restrictions apportées à la liberté dans un domaine où le Droit moderne répudie toute entrave. Les placards de Charles-Quint contre l'hérésie ne disparurent que pour faire place au XVII[e] siècle à des édits, qui continuent à réprimer la propagande de l'erreur, la violation ouverte et bruyante des prescriptions ecclésiastiques, et l'exercice public des cultes hétérodoxes. Le système de *censure*, de *brevets*, d'*autorisations préalables* établi en matière d'imprimerie et de librairie se maintient jusqu'à la chute de l'ancien régime (31).

L'Etat moderne tend à monopoliser toutes les tâches, tous les services d'intérêt public, au risque d'être écrasé sous le poids des plus lourdes responsabilités, au risque aussi d'étouffer parfois dès leur berceau d'autres organismes nés de l'esprit d'association, capables de mener à bien de grandes œuvres sociales. Le Moyen Age se différencie des temps modernes par des tendances tout opposées, par une limitation plus grande des fonctions et du rôle de l'Etat, par le peu d'extension des services publics, par le large essor donné aux associations, aux corporations, à diverses personnes morales, dont l'existence juridique ne subit alors aucune entrave, et dont le rôle social loin d'être contrarié ou absorbé par les entreprises du pouvoir public, s'exerce librement.

(30) V. Poullet, II, n[os] 431 à 434 — n[os] 712 ss.

(31) Poullet, II, n° 767, n° 886 — n[os] 748 et 888 — n[os] 794 et 795.

37. Particularités remarquables du droit public Liégeois Une place à part doit être faite à la Principauté de Liége dans l'histoire de nos institutions d'ancien régime. Le *Prince-évêque*, *élu* par les chanoines tréfonciers composant le *chapitre de Saint Lambert*, avait dans l'exercice de la souveraineté une part moindre que les princes des Pays-Bas. Les Etats étaient co-souverains de l'évêque ; il n'appartenait qu'au *sens du pays*, c'est-à-dire au prince, d'accord avec les trois Ordres de faire et de modifier les lois.

A côté de l'évêque, se trouvait une sorte de ministère, appelé *conseil privé*, dont le président portait le nom de *Chancelier*. Le concours de ce conseil s'imposait dans toutes les affaires de gouvernement et pour l'exercice du pouvoir édictal accordé au chef de la principauté. Le chancelier *vidimait*, c'est-à-dire donnait son contre-seing aux actes du prince, dont il prenait la responsabilité à la décharge de celui-ci.

Sans doute la responsabilité ministérielle, telle qu'elle est entendue de nos jours, était ignorée du Droit public Liégeois ; mais, du moins, le prince ne disposait d'aucun moyen d'assumer la responsabilité des actes de ses officiers ni de couvrir ceux-ci de son irresponsabilité personnelle, Tous les agents du prince, tous les dépositaires laïcs de l'autorité exécutive ou judiciaire, les membres du conseil privé, le chancelier lui-même étaient justiciables du célèbre **tribunal des XXII**. Composé de membres inviolables nommés annuellement par les Etats, ce tribunal avait à connaître des dénis de justice et des abus de pouvoir, des actes inconstitutionnels ou illégaux commis par les fonctionnaires ou les magistrats (32).

Ajoutons que la séparation entre les fonctions judiciaires et les fonctions gouvernementales ou administratives était à Liége reçue et pratiquement réalisée. — On comprend qu'arrivées à ce degré de développement, les institutions Liégeoises aient mérité les éloges enthousiastes de Mirabeau.

(32 Poullet. II. passim. — spécialement les n°s 190 et 275.

§ 2. Les institutions anglaises. (1)

38. Evolution séculaire du Droit anglais. Le Droit anglais est généralement considéré comme le produit d'une évolution, dont le point de départ remonte à la plus haute antiquité. « Si l'on veut lire l'admirable ouvrage « de Tacite sur les mœurs des Germains, écrit « Montesquieu, on verra que c'est d'eux que les Anglais ont « tiré l'idée de leur gouvernement politique. Ce beau système « a été trouvé dans les bois ». Déjà Voltaire se moquait malicieusement de cette remarque de l'illustre auteur de l'*Esprit des lois* (2). Elle renferme, en effet, une exagération évidente. L'étude de la civilisation germanique peut bien révéler certains traits généraux de mœurs et de caractère,

(1) *Guizot*. Histoire du gouvernement représentatif. *Raffaele Cardon*. Svolgimento storico della Costituzione inglese, 1883. *Boutmy*. Etudes de Droit Constitutionnel. — Les développements de la Constitution Anglaise. — *Bagehot*. La Constitution Anglaise. *Dicey*. The law of the Constitution. *Anson*. The law and Custom of the Constitution. — *de Franqueville*. Le gouvernement et le Parlement Britanniques. — Le système judiciaire de la Grande Bretagne. — *Prins*. La Démocratie et le régime parlementaire. — Ouvrages, généraux de *Palma*, de *de Laveleye*, de *Bluntschli*, de *Burgess*, d'*Esmein*.

(2) « Est-il possible, écrivait-il qu'en effet, la Chambre des pairs, celle des » communes, la cour d'équité, la cour de l'amirauté viennent de la Forêt- » Noire ? J'aimerais autant dire que les sermons de Tillotson et de Smalridge » furent autrefois composés par les sorcières Tudesques ?... Les manufactures » de drap d'Angleterre n'ont-elles pas été trouvées aussi dans les bois, où les » Germains aimaient mieux vivre de rapines que de travailler ? »

Montesquieu croyons nous n'a jamais songé, dans le passage dont il s'agit, à affirmer une thèse historique.

Pratiquant un procédé familier aux littérateurs, il voulait mettre en relief l'antique origine des institutions anglaises, *pour parler de suite après* de la fragilité qui peut les atteindre, de la ruine qui peut les frapper.

« Comme toutes les choses humaines ont une fin, dit-il, l'Etat dont nous » parlons (l'Angleterre), *perdra sa liberté, il périra*. Rome, Lacédome et Car- » thage ont bien péri. » Et il termine par cette prophétie : « *Il périra lors- » que la puissance législative sera plus corrompue que l'exécutrice.* »

Rien n'est perdu, en effet, quand une nation demeure saine en face d'un gouvernement méprisable. Tout est perdu au contraire, quand le peuple avili n'est plus capable de se donner un gouvernement capable de le remettre dans les voies du salut.

qu'il sera peut-être possible de retrouver dans le tempérament du peuple anglais: elle prêterait aux plus fâcheuses méprises si l'on essayait de découvrir dans les institutions d'un passé si lointain l'origine précise des divers organes actuels de la souveraineté en Angleterre (3).

L'on dit encore que l'évolution du Droit anglais a été essentiellement historique et pacifique. Cela n'est vrai qu'à demi; l'on oublie trop facilement que l'Angleterre a eu ses révolutions, ses guerres intestines, ses discordes civiles, caractérisées par les drames les plus sombres. La grande charte elle-même (*Magna Carta*, 1215) n'a-t-elle pas été imposée à la Royauté à la suite d'une guerre civile? La mémorable réforme électorale de 1832 n'a-t-elle pas été obtenue à la suite d'agitations populaires et d'émeutes? Mais il est vrai de dire que les origines du Droit public anglais peuvent être recherchées bien haut dans l'histoire, au douzième siècle au moins, et que ce Droit, que n'a point rédigé une Constituante, que n'a pas octroyé un prince, s'est formé lentement, par voie d'additions et de modifications successives, rattachant sans cesse le présent au passé, tenant compte des précédents, continuant et développant les traditions sans jamais en faire table rase (4).

39. Sources du Droit anglais.

Ce mode de formation lente et successive explique comment ce Droit n'a pas été codifié, n'est pas contenu et formulé dans un document unique et complet, dans une Constitution écrite. Pour définir en Angleterre le Droit constitutionnel, il faut s'attacher au fond des choses et non à leur forme. Mr Dicey (5) définit la Constitution anglaise: « l'ensemble des règles qui directement ou indirec- » tement affectent la distribution ou l'exercice du pouvoir » souverain dans l'Etat. »

(3) De la Chambre des lords, de la Chambre des communes... pourquoi pas de la diète de Ratisbonne, disait Voltaire. Voyez aussi Boutmy. Le développement de la Constitution anglaise, p 5

(4) Ouvrages cités de *Boutmy*.

(5) The law of the Constitution, 2e édition, p. 21.

Cependant le Droit constitutionnel anglais fait aussi l'objet de certains textes: ces textes sont de toutes les époques; ils traitent de matières diverses; ils n'ont jamais été codifiés. Le Droit Anglais est donc contenu dans **deux catégories de sources,** dont nous parlerons successivement: la source non écrite: la coutume, et divers documents écrits : pactes et lois ou *statuts.*

La *source non écrite* est la plus importante: elle porte le nom de **Common Law.** Elle se compose de précédents, constatés soit par les ouvrages des jurisconsultes et des historiens, soit par des documents reposant dans les archives du parlement ou des tribunaux. Ces précédents ont force légale, lient toutes les autorités, s'imposent notamment au pouvoir judiciaire. C'est la *Common Law* qui règle les question les plus nombreuses et les plus graves du Droit constitutionnel; elle seule sanctionne l'existence et règle l'organisation, le fonctionnement et les relations des grands pouvoirs de l'Etat, la composition du Parlement, les attributions des deux Chambres, la forme de gouvernement, les prérogatives royales, l'existence et le rôle du cabinet.

Les sources écrites sont réparties par Mr Boutmy en deux groupes: *les pactes* et *les statuts* ou lois (6).

Les **pactes** ressemblent aux *Paix* du pays de Liége; ils ont le caractère de traités consentis par le prince et ses sujets, de contrats synallagmatiques passés entre le chef de l'Etat et les représentants de la nation. Les trois principaux sont la *Grande Charte* (1215), le *Bill des Droits* (1688) et l'*Acte d'établissement* (1701).

La Magna Carta a été imposée au Roi Jean sans Terre par les barons anglais révoltés contre sa tyrannie. C'est un document en 63 articles rédigés en latin, se rappor-

(6) Nous laissons de côté les traités ou actes d'union avec l'Ecosse et avec l'Irlande, qui n'intéressent pas notre sujet. — Ces traités consacrent l'adoption d'une dynastie commune et l'introduction au Parlement de membres Ecossais et Irlandais. Ils ne forment qu'une annexe en quelque sorte extérieure du Droit constitutionnel anglais.

tant surtout à l'organisation féodale, au commerce, aux libertés individuelles et locales. Elle règle avec soin le mode de convocation et de délibération du *commun conseil* du royaume et déclare expressément qu'aucune aide ou impôt extraordinaire (7) ne peut être établi sans le consentement de ce conseil. Cette clause capitale n'était que la consécration du principe traditionnel, sanctionné déjà par la coutume saxonne. Aussi ce principe demeure-t-il à la base du Droit anglais, bien que la clause ne figure plus dans les confirmations successives de la Grande Charte. L'importance historique, nationale, de ce mémorable document vient de ce qu'il réalise le partage de la souveraineté entre la couronne et la noblesse, celle-ci se considérant alors comme l'organe de la nation tout entière, chargé de stipuler au nom de tous. La Grande Charte est « le symbole durable des liens qui rattachent les diverses parties de la société anglaise ». (8)

Le Bill des Droits est la déclaration votée en 1688 par les deux Chambres en vue d'appeler Guillaume d'Orange au trône devenu vacant par la fuite et le déposition de Jacques II. Cette déclaration comprend treize articles. Elle ne consacre pas, comme on pouvait le croire, les libertés modernes, la liberté des cultes, la liberté de la presse. Le Bill des Droits se borne à stipuler des garanties pour remédier à certains abus et à limiter par certaines interdictions les droits de la Couronne. — Défense est faite au Roi de suspendre les lois et de dispenser leur exécution, d'entretenir une armée permanente et de lever aucun impôt sans l'assentiment du Parlement, d'instituer des tribunaux d'exception, de porter atteinte au droit de pétition des citoyens, à la liberté des électeurs et des membres du parlement. Comme sanction de ces défenses, le *Bill* stipule la réunion fréquente du Parlement et le droit pour les sujets protestants de porter les armes. (9)

L'Acte d'établissement de 1701 est une loi de circonstan-

(7) Les trois cas d'aide féodale représentaient les charges ordinaires.

(8) Prins. La Démocratie et le régime parlementaire, page 125.

(9) *Boutmy*. Etudes, p. 50-51. *Correspondant*, 10 Novembre 1873, 344.

ce qui, en haine des catholiques, appelle la maison de Hanovre à succéder à Guillaume III, lequel n'avait pas d'enfant.

Elle statue que le roi doit être de religion anglicane, prévient les abus qui peuvent résulter de l'avènement d'un prince étranger, proclame l'inamovibilité des juges et règle certains points relatifs à la situation constitutionnelle des ministres et à leur responsabilité (10).

Les **statuts** sont les lois ordinaires ; ils forment la source moderne, et même contemporaine du Droit anglais. Ce Droit ignore la distinction, que nous établissons sur le continent entre le pouvoir constituant et le pouvoir législatif ; rien n'échappe à la compétence du parlement, dont aucun acte ne peut être en aucune circonstance entaché d'inconstitutionalité. — « Le parlement, dit une maxime nationale (11), « peut tout faire, sauf d'un homme une femme et d'une fem- « me un homme ». Parmi les statuts les plus célèbres, il faut citer le *Bill d'habeas corpus* de *1679* et les bills de réforme électorale et parlementaire de 1832, de 1867 et de 1884.

Il y a aussi en Angleterre, comme dans tous les pays, des **usages ou pratiques constitutionnelles** (12), qui sans faire partie de la *Common Law*, sans être obligatoires comme elle, forment pourtant une sorte de Code de Morale politique universellement respecté et suivi, touchant à une infinité de questions, règlant une infinité de rapports, et d'une telle importance que les institutions paraissent sous leur influence, se transformer ; si l'on y regarde de près, elles ne font cependant que s'adapter à des circonstances et à des situations nouvelles (12). Sans aller jusqu'à admettre avec

(10) *Boutmy*. Etudes, p. 55.

(11) De Lolme. The British Constitution.

(12) *Dicey* les nomme *understandings* — V. *de Francqueville* — *Dupriez* — *Boutmy*, ouvrages cités.

(12) Les formes n'ont guère varié depuis six cents ans, observe le comte de Francqueville.

Burgess (13) que ces usages aient tellement modifié le Droit traditionnel, qu'il faille ne dater que de 1832 la constitution du Droit public anglais, nous pensons pourtant que l'étude des pratiques constitutionnelles ne peut être négligée, qu'elle est indispensable pour découvrir l'esprit des institutions, pour en saisir le fonctionnement, pour les comprendre et les juger dans leurs relations intimes et permanentes avec la vie sociale.

40. Eléments et causes originaires de développement

Ces préliminaires posés, essayons d'indiquer, à grands traits, les origines du Droit anglais, les causes et les grandes étapes de son développement. Dès la grande Charte, la souveraineté se trouve répartie entre la Couronne d'une part et d'autre part, l'aristocratie (haut clergé et noblesse) formant sous le nom de grand conseil royal d'abord, sous le nom de commun conseil du royaume ensuite, un *corps représentatif de la nation toute entière.* Tel a été le point de départ, tels ont été les éléments originaires.

Il faut reconnaître que des éléments analogues se sont rencontrés dans maints Etats du continent, dans nos Pays-Bas par exemple. Comment se fait-il que ce soit en Angleterre seulement que les germes se soient développés et aient porté fruits?

C'est au protestantisme que divers auteurs, M. de Laveleye notamment, attribuent le succès des institutions représentatives en Angleterre et aux Etats-Unis. Il ne manque pas de nos jours d'écrivains que cette thèse séduit. Le problème de la supériorité respective des nations catholiques ou des nations protestantes au point de vue de l'établissement et de la pratique du régime parlementaire reste posé et met périodiquement en présence des publicistes, dont les affirmations continuent de se contredire (14). En ce qui concerne notre sujet, bornons-nous à constater :

(13) Political science ... etc.... I, p. 91.
(14) *de Laveleye* : Le protestantisme et le catholicisme Bruxelles, 1876, dans la Revue de Belgique. *de Haulleville* : De l'avenir des peuples catholiques, dans la Revue générale, Bruxelles 1876. — V. aussi D. Schaepman : Godsdienst en Volkswelvaart. Utrecht 1900.

1° Que le développement du Droit public anglais dans ses éléments essentiels est antérieur de deux siècles au moins au Protestantisme ;

2° Que le Protestantisme anglais (l'Anglicanisme), loin d'être l'apôtre de la souveraineté nationale et des libertés publiques, n'a cessé d'être au contraire le négateur de cette souveraineté et le défenseur le plus tenace du Droit divin des rois, et du pouvoir absolu ;

3° Que la période d'avènement du Protestantisme fût un temps d'arrêt dans le développement des institutions représentatives ; les guerres de religion coïncident avec le despotisme soit des Tudors, soit des Stuarts : despotisme qui ne fut possible qu'au sein d'une nation déchirée et épuisée par la guerre des Deux Roses et les querelles intestines. Le salut vint d'en bas (15) ; la nation se ressaisit et reprit au dix septième siècle avec la pleine possession d'elle-même sa marche en avant dans la voie du progrès politique ;

4° L'introduction du Protestantisme dans d'autres pays, en Allemagne, en Hollande n'y a pas amené l'éclosion rapide du régime représentatif. — C'est donc bien à des causes spéciales qu'il faut attribuer en Angleterre dès le XIII[e] siècle la croissance des institutions Ces causes sont nombreuses : les deux principales méritent d'être indiquées : la première consiste dans la prompte consolidation de l'Unité nationale ; la seconde dans l'existence au sein de la nation d'une classe moyenne dirigeante, formée par la pratique des institutions locales, au viril accomplissement des devoirs de la vie politique.

41. Unité politique et puissance royale

L'Unité nationale, la Cohésion de l'Etat résulte du fait même de la conquête Normande, du peu d'étendue relative du territoire et de sa position insulaire, de la puissance de la royauté et de la forte centralisation, dont dès le XIII[e] siècle elle est l'âme.— Dès cette époque, la couronne est représentée dans les com-

(15) Prins... La démocratie p. 139.

tés par des agents directs, vicomtes ou shériffs, qu'elle déplace et révoque à volonté. Des magistrats ambulants, membres de la Cour du roi, où ils reviennent siéger après leurs tournées, tiennent périodiquement de solennelles assises judiciaires. La royauté a pu faire exécuter sur tout le territoire le cadastre des propriétés foncières : elle a seul gardé le droit de frapper monnaie. Le sentiment de la nationalité, l'homogénéité des mœurs, l'unité de législation, de coutumes de justice complètent cette unité de l'Etat, que la France ne connût que plusieurs siècles après, que la Belgique ne connût jamais (16). « Il n'y a pas trace de provincialisme en Angleterre après 1100, dit Boutmy. L'unification du territoire et de l'esprit national, que nous devions attendre sept siècles encore et n'accomplir que par une révolution si violente qu'elle a emporté ce qui restait de nos libertés locales, était un fait acquis au moment où l'Angleterre entre — sous la dynastie des Plantagenets — dans la grande histoire Européenne. »

Dans le partage qui suivit la conquête Normande, la Royauté s'était attribuée la grosse part : près de 1500 domaines ou manoirs et presque toutes les villes. Elle s'était attachée la petite noblesse, les *chevaliers*, par un serment direct de fidélité. Les 600 barons composant la haute noblesse avaient obtenu des domaines, composés de terres ou de manoirs disséminés dans toutes les parties du royaume ; les forces dont ils pouvaient disposer dans chaque comté étaient nécessairement inférieures à celles de l'officier royal, vicomte ou schériff, sous les ordres duquel se rassemblaient les petits vassaux.

On pouvait prédire que la Royauté abuserait d'une telle puissance, se livrerait à des excès qui, en raison de la grossièreté des mœurs, soulèveraient la révolte. Il en arriva, en effet, ainsi — Les barons s'insurgèrent contre le despotisme royal et trouvèrent pour alliés tous ceux que la tyrannie attei-

(16) *Boutmy*, ouvrages cités.

d'individus privilégiés tendant à se réduire et qui se serait éteint sans les nouvelles créations. »

44. Classe moyenne et vie politique locale.

La petite noblesse des comtés s'y fusionne rapidement avec la catégorie des propriétaires libres, de manière à ne plus former avec eux qu'une seule classe énergique et forte, qui ne tarde pas à acquérir par la pratique des libertés locales une haute valeur politique.

Les chevaliers, les petits vassaux de la couronne, ont vu leur chiffre s'accroître rapidement (25) par la déchéance de nombreuses baronnies, par l'assimilation des arrière-vassaux aux vassaux directs, par le morcellement des fiefs. A côté d'eux, vit côte à côte une classe extrêmement nombreuse de propriétaires libres, francs tenanciers, Anglo-Saxons ou Normands. Dès le XIIe siècle on constate entre ces deux groupes de population de fréquents rapports, des alliances, l'identité de genre de vie, d'habitudes, d'occupations et d'antipathie pour la guerre. L'on voit des chevaliers descendre intentionnellement au rang de francs tenanciers, pour échapper aux charges militaires et fiscales grevant leurs fiefs. Au XIVe siècle la fusion est complète, l'homogénéité s'est établie; les membres des deux groupes ne sont plus astreints à prendre les armes qu'ensemble et pour le maintien de l'ordre dans chaque comté; les obligations féodales ont disparu; il n'est plus question de justice seigneuriale ; la pratique du fermage naît et se généralise ; la propriété s'affranchit et le régime des biens s'uniformise.

Le tiers état anglais, dit Prins, a eu la chance inespérée et qui a manqué au tiers Etat de France d'absorber en lui une partie de la féodalité, la petite noblesse des campagnes, et il a trouvé en elle un renfort précieux pour la conquête des libertés publiques.

Une vieille institution Anglo-Saxonne, la *Cour de Comté*

(25) *Boutmy*, p. 75 et 76. — *de Franqueville*, II, p 243.

(26), restaurée par les premiers rois Normands, formait le centre où se rencontraient côte à côte dans la gestion des affaires locales, tous les notables ruraux, chevaliers et francs tenanciers. Elle était à la fois, dit *Boutmy*, cour de justice, cour d'enregistrement, lieu de publicité pour les ordonnances royales et bureau de recette pour l'impôt. L'institution des juges ambulants, régularisée en 1176, lui communiqua une vie nouvelle (27). Ceux-ci, délégués directs du souverain dans les comtés, munis des pouvoirs les plus étendus, se virent contraints de réclamer fréquemment le concours de cette bourgeoisie rurale et suscitèrent aussi un immense mouvement de progrès, un accroissement de vie publique, dont sortit la décentralisation.

L'autonomie locale, le *self-government*, devint l'école où l'esprit national reçut sa formation, où la classe moyenne développa ses aptitudes politiques et devint mûre pour la pratique du régime représentatif (28).

45. Représentation des comtés et des bourgs.

« Les institutions croissent et prennent de « l'extension à mesure que les forces locales » se groupent et se concentrent et les pro» grès du parlementarisme suivent pas à » pas les progrès de la société anglaise (29).» Le roi Henri III est contraint par les circonstances de tenir compte de la séparation qui s'est produite entre le haut baronage et les chevaliers ; il a besoin dans sa lutte contre la haute noblesse d'auxiliaires, de partisans. Il est naturellement amené à inviter ses petits vassaux à se faire représenter au grand conseil par délégués ou représentants. En 1254 il enjoint aux schériffs de les réunir à l'effet de leur faire désigner des députés pour assister au commun conseil *vice omnium*. A partir de 1255 ce mode de procéder se répète, puis se généralise. Les *writs* expédiés aux schériffs leur ordonnent de faire

(26) *Boutmy*, p. 8, p. 101 ss., p. 61 à 73.
(27) Boutmy, p. 100.
(28) *Prins*, page 133.
(29) Prins page 128.

élire dans chaque comté deux chevaliers pour siéger au parlement. — C'est nécessairement à la cour de comté, centre ordinaire où se traitent toutes les affaires, que s'effectue l'élection. Par la force des choses, les choix ne dépendent pas seulement des chevaliers, vassaux du roi, mais aussi des francs tenanciers confondus avec eux dans les rangs de la *gentry* rurale. L'élection ainsi faite est un acte naturel et simple, parce qu'il se trouve intimement lié aux autres actes de la vue publique (30). Tous les hommes libres votaient pour leurs délégués au Parlement. Infime d'abord, le nombre des électeurs s'accrût, puis fut restreint au XIVe siècle par des conditions de domicile et de fortune. La *franchise* ou droit de suffrage fut subordonnée dans les comtés à la possession en tenure libre (freehold) d'un bien représentant un revenu net annuel d'au moins quarante schillings. (31)

L'Angleterre demeura longtemps un pays essentiellement agricole ; la formation d'agglomérations urbaines y fut tardive ; les premières villes n'étaient que des bourgs, dont les habitants par leurs occupations, leurs mœurs, leurs continuelles relations se trouvaient mêlés aux classes rurales et qui, tant au point de vue judiciaire qu'au point de vue administratif, relevaient des autorités du comté (32). Ce fût le besoin d'argent qui détermina la Royauté à les convoquer au commun conseil du royaume. Le comte de Leicester (Simon de Montfort) en 1265, pour se faire des *bourgs* (les plus importants) des auxiliaires dans sa lutte contre le Roi, les invita à se faire représenter par des délégués.

En 1295 les villes et bourgs sont requis d'envoyer au Parlement deux de leurs habitants.

Mais, tandis qu'une certaine uniformité préside à la représentation dans les comtés, la représentation des bourgs

(30) Prins, page 136.
(31) De Francqueville — II. p. 287. — Guizot. II. p 154 — Esmein page 197.
(32) *Boutmy* — Etudes — p. 96 à 99.

s'établit arbitrairement, sans règles, sans principe d'organisation.

Aucune uniformité n'existe dans les bases et les procédés d'élection, qui restent soumis aux usages et aux statuts locaux.

C'est le caprice royal qui décide de l'attribution aux bourgs du droit de représentation, ou du retrait de ce droit. La répartition des sièges heurte toute justice, toute idée d'égalité.

Ce n'est qu'à la fin du XVII[e] siècle que disparaît la *prérogative royale de créer* des bourgs parlementaires. Cela explique pourquoi la représentation des villes et bourgs fut si choquante en Angleterre, jusqu'à la grande réforme de 1832 (33) : 56 bourgs pourris furent alors privés de toute représentation.

46. Chambre des lords et Chambre des communes. Composé comme il était, de tous les éléments constitutifs de la nation, haut clergé, barons, députés des comtés et députés des villes et bourgs, le Parlement Anglais eût pu former une assemblée unique, ou se diviser en quatre corps distincts ; les circonstances amenèrent sa division en deux Chambres: la Chambre des lords, la Chambre des communes (34).

Le clergé renonça à être représenté au Parlement comme un ordre à part, à la condition d'obtenir le droit, qu'il conserva jusqu'à la fin du XVII[e] siècle de fixer lui même le montant de ses contributions dans des assemblées spéciales, nommées convocations. Les autres éléments se groupèrent en deux corps distincts : les lords temporels et les prélats d'une part ; — les députés des villes, bourgs et comtés d'autre part. — Les barons et les prélats, siègeant habituellement

(33) On trouvera des détails curieux sur ce sujet dans l'ouvrage du C[te] de Francqueville et dans *Fischel*: La constitution d'Angleterre, II, p. 231, ss. — V. aussi *Prins*, page 140.

(34) *Esmein*, p. 56 ss. dans ses *Eléments de Droit constitutionnel*, traite excellement ce sujet.

ensemble au *Magnum concilium*, formaient tout naturellement une assemblée distincte. Nul rapprochement n'était d'un autre côté plus naturel, plus imposé par la force des choses que celui qui se produisit spontanément entre les représentants des comtés et des bourgs. Ne siégeaient-ils pas tous en vertu d'un titre identique : l'élection ? Ne représentaient-ils pas les uns et les autres des intérêts analogues, régionaux et locaux ? Leur vie commune dans les comtés créait entre eux une complète solidarité d'idées, de tendances, de griefs. — C'est au milieu du XIV[e] siècle qu'apparaît nettement la division désormais établie du Parlement en Chambre des lords et Chambre des communes.

47. Le pouvoir législatif. *Guizot*, dans son *Histoire du gouvernement représentatif*, expose comment le *droit de remontrance et de pétition* reconnu au Parlement et spécialement à la chambre des communes a donné naissance au pouvoir législatif dans son fonctionnement actuel.

Esmein, dans ses *Eléments de Droit constitutionnel*, revient sur le même sujet. (35) Dès le XIV[e] siècle, il paraît bien que les projets royaux de statuts devaient recevoir l'assentiment des députés des villes, bourgs et comtés comme l'assentiment des lords et prélats ; quant au droit d'initiative de la Chambre des communes, il sortit de son droit de pétition. C'est par la présentation de pétitions collectives au Roi, dit Esmein (36), que les communes prirent « l'initiative de la « législation, demandant au roi de faire une loi nouvelle « dans un certain sens, lorsque les abus signalés indiquaient « une lacune ou une insuffisance dans la législation. « ... Pour imposer leur volonté, elles usèrent avec habileté et « persévérance de leur droit de consentir l'impôt. Elles « cherchèrent à faire de l'ordonnance la condition même de « l'aide accordée. Mais cela était difficile à organiser dans « une forme juridique. Obtenir une promesse du roi était « chose relativement aisée ; mais comment être sûr qu'elle « serait tenue ? Les communes employèrent les moyens les

(35) p. 41 et ss.
(36) p. 42 ss.

« plus divers : ainsi elles exigeaient des réponses par écrit, ou « insistaient pour que les règlements demandés — fussent « faits avant la dissolution du Parlement ou encore pour « qu'ils fussent préparés dans un comité, où figureraient des « députés à côté de lords et de juges ». Guizot rappelle que la Chambre des communes prit l'habitude de rédiger des propositions détaillées et de les faire passer par la Chambre des lords pour leur donner plus de poids. « Presque toute la « législation du XIV[e] siècle a pour fondement des pétitions « du Parlement », dit Stubbs (37).

Sans doute le dissentiment des lords paraissait au roi un motif suffisant pour rejeter les pétitions des communes, de même que le dissentiment de celles-ci empêchait d'aboutir les pétitions de la Chambre des lords. Mais presque toujours les communes admettaient sur la liste de leurs propres pétitions celles qui avaient été présentées par les Lords; aussi la formule officielle, dans le préambule des lois, mentionnait la pétition des communes et l'assentiment des lords (38). Pour réaliser un véritable partage du pouvoir législatif, un simple changement de forme suffit : la rédaction de la proposition sous forme non plus de pétition, mais de projet de loi ou *bill*. Ce procédé, dit Esmein, s'introduit au XV[e] siècle pendant le règne de Henri VI (39). « Lorsque le projet avait été succes- « sivement adopté par les deux Chambres et qu'il était pré- « senté au Roi, celui-ci, à moins de le rejeter, le transformait « immédiatement et nécessairement en loi ou *statute*, en lui « donnant son assentiment. .... La prérogative de la Cou- « ronne était réduite à un droit d'initiative, lorsque c'était « elle qui proposait la loi, à un droit de *veto*, lorsqu'elle était « proposée par les Chambres. — Aussi, la formule qui précé- « dait la loi changea-t-elle très logiquement ; on ne dit plus « que celle-ci avait été rendue à la requête ou sur la sup- « plique des communes et des grands, mais qu'elle avait été

(37) *Constitutional History*, ch. XVII, n° 290.
(38) Stubbs II, p. 591 — *Esmein*, page 43.
(39) Esmein page 44 — *Anson*, I, p. 217.

« rendue par l'autorité du Parlement » (40). — Quant aux abus, auxquels donna lieu trop longtemps le pouvoir royal de faire des ordonnances et de dispenser des lois, ils ne furent rendus impossibles qu'au XVII[e] siècle par le *Bill des droits* (41).

48. Responsabilité ministérielle. Du droit de voter l'impôt et de consentir les charges, du droit de remontrance et de pétition, dérivait pour le Parlement le droit de contrôler la marche des affaires publiques, d'apprécier les actes du gouvernement et de ses agents, de signaler les abus et d'exiger leur redressement. Peu à peu la Chambre des Communes, puis celle des Lords réclamèrent le droit d'obliger les dépositaires du pouvoir exécutif à rendre compte de leurs actes au Parlement. En 1341, on voit les communes revendiquer énergiquement ce droit. Edouard III consent à ce qu'à chaque parlement, les ministres résignent leurs fonctions entre ses mains et répondent aux réclamations qu'on leur adresse. Cette concession excessive fut, il est vrai, éludée ; mais le principe était posé.

En 1386, le Parlement fait de la responsabilité ministérielle une réalité, en décrétant d'accusation Michel de la Pole, favori de Richard II (41[bis]).

En 1399, il va jusqu'à déposer Richard II, pour appeler au trône le duc de Lancastre (42). Mais les inconvénients gra-

(40) Esmein, page 44. — Anson, I,. p 217.

(41) Esmein, pages 44 à 48.

(41) bis. Voir Prins. La Démocratie et le régime parlementaire. — Note page 132.

(42) *Prins*, page 132. — *Stubbs*, II, p. 614. — *Boutmy*, ouvrages cités. — *Esmein*, p. 81 et ss. — Ainsi, dès le XIV[e] siècle, le Parlement existe sous la forme et avec les droits essentiels qu'il a conservés !

Parlant des révolutions de 1648 et de 1688, dont on a tort de faire dater la liberté anglaise, M. Boutmy écrit ceci :

« Le propre de ces deux révolutions, c'est que pour asseoir le gouvernement » libre qui suivit, elles n'eurent aucun ressort politique à créer, aucune » relation nouvelle à établir entre les pouvoirs, aucun changement à intro- » duire dans la hiérarchie sociale, aucun privilège reconnu à détruire : tout » le nécessaire existait déjà. »

ves, les périls qu'occasionne la mise en accusation du chef de l'Etat, du roi lui-même, ne tardèrent pas à se révéler. « Rendre un monarque responsable d'un acte illégal ou » funeste au pays, c'est le détrôner dit Esmein, c'est une » révolution. »

L'on en vint au XVIII[e] siècle a transporter la responsabilité du roi aux ministres, et comme conséquence à proclamer l'incapacité du monarque de rien faire ni décider seul. Nous étudierons plus tard les origines et les conditions de fond et de forme de ces deux institutions, passées dans notre Droit public : l'irresponsabilité royale et la responsabilité ministérielle.

49. Gouvernement de Cabinet. Quant au rôle des ministres, il a pris une forme nouvelle et acquis une importance considérable. L'on désigne aujourd'hui sous le nom de *gouvernement de cabinet* un système de gouvernement né en Angleterre, introduit partout en Europe dans les Etats représentatifs, sauf en Allemagne et en Suisse, et qui consiste à reconnaître que l'exercice effectif des fonctions gouvernementales incombant aux ministres du roi doit être confié à des hommes investis de la confiance des deux Chambres, en général aux *leaders* parlementaires de la majorité. — Ce système remédie aux inconvénients de la séparation des pouvoirs en même temps qu'il favorise les bons rapports entre l'exécutif et le parlement.

Nous verrons plus tard comment en Angleterre, au sein du Conseil privé établi à côté du roi, se constitua peu à peu un comité restreint d'amis et de fidèles, véritable cabinet ou ministère personnel du roi (43); et comment graduellement après la révolution de 1688 ce rouage échappa à l'autorité exclusive du roi pour tomber pour une grande part sous la dépendance du Parlement. La transformation fut

(43) Esmein, page 105.

l'œuvre des nécessités gouvernementales (44). M. Boutmy (45) démontre qu'elle n'a pu se réaliser sans l'avènement d'un élément oligarchique. Il expose qu'en effet il s'est opéré dans la nation anglaise depuis la seconde moitié du XVIIe siècle un changement social considérable. La classe des petits propriétaires libres a disparu : l'Angleterre s'est couverte d'immenses domaines (*latifundia*) ; l'ancienne aristocratie populaire, ouverte à tous, animée de zèle pour le bien commun, a fait place à une oligarchie tyrannique de propriétaires terriens, en possession de nombreux privilèges politiques, sociaux, économiques.

50. Libertés publiques. Il n'y a pas lieu de nous arrêter au régime *des libertés publiques*; il est le même que sur le continent. Bornons-nous à signaler les fortes garanties qui protègent la liberté individuelle et notamment *le jury* et l'*Act d'habeas corpus*. On sait que la liberté des cultes n'existe pas, et que c'est en 1694 seulement que la presse est émancipée par le Parlement, qui omet de renouveler les pouvoirs des censeurs. La tolérance s'introduit dans les mœurs, pas complètement sans doute, mais assez pour que de ce côté de la Manche l'opinion publique influencée par les écrits de Montesquieu, puis de Voltaire « raffolât de la liberté anglaise comme de la constitution américaine et de la tactique prussienne. »

51. Les institutions anglaises furent révélées au monde et spécialement aux Etats-Unis d'Amérique et à la nation Française par Montesquieu (46) et ses disciples, Blakstone (1765) et Delolme (1771).

Montesquieu et son école s'attachèrent malheureusement à faire connaître l'aspect extérieur et le mécanisme des institutions anglaises ; ils ne mirent pas suffisamment en lumière l'essence intime des institutions, l'élément qui en

(44) Esmein, page 106.

(45) Le développement de la Constitution anglaise, page 285 ss., spécialement page 293 et 294.

(46) L'Esprit des lois parut en 1748.

était l'âme, la vie politique locale (47). Montesquieu se préoccupait de mettre en relief dans le Droit constitutionnel anglais le principe de la séparation des pouvoirs. L'on doit reconnaître qu'à certains égards il a exagéré l'importance et la portée de ce principe, et qu'en tout cas, dans le tableau qu'il a dressé des lois anglaises, on peut relever des lacunes et des erreurs, qui semblent le résultat de cette exagération. C'est ainsi que la participation de la Couronne à l'exercice du pouvoir législatif a été incontestablement réduite par lui à une part trop amoindrie. D'autre part, Montesquieu eut tort de prôner l'élection des juges par le peuple et de rejeter leur nomination par le gouvernement. L'on ne peut lui reprocher de n'avoir pas aperçu le gouvernement de cabinet, trait d'union réunissant étroitement le pouvoir exécutif et le parlement, puisque ce rouage ne s'est introduit et perfectionné que dans la seconde moitié du XVIII[e] siècle et au début du du XIX[e]

§ 3. La Constitution des Etats-Unis (1).

52. Origine de la Constitution fédérale. C'est en 1774 que les treize colonies de l'Amérique du Nord opprimées, par l'Angleterre, tinrent à Philadelphie leur premier Congrès. Ce Congrès rédigea la célèbre *Déclaration des droits*, par laquelle les Américains revendiquaient comme leur appartenant les libertés

(47) Si nous voulons rechercher les causes de la vigueur de ce régime écrit *Prins*, page 132, nous verrons que ce n'est pas la forme du parlementarisme qui lui a donné le moyen de s'élever si haut, mais la féconde puissance de ses éléments primordiaux. Le succès est dû aux institutions locales, qui, ancrées au plus profond du sol, ont répandu partout la notion de la vie publique, ont su donner aux classes un point de ralliement et fournir à chacun sa sphère d'activité et son rôle. Le *self-government* a été une réalité ; il a imprégné tous les rouages du mécanisme politique, il s'est manifesté à tous les niveaux. » Il faut lire la *suite* page 132 ss. dans l'admirable ouvrage, de M. Prins : *La Démocratie et le régime parlementaire*.

(1) *Louis Vossion*. La Constitution américaine et ses amendements 1889. — *Boutmy*. Etudes de Droit Constitutionnel. — *James Bryce*. The American

traditionnelles de la mère patrie. Cette déclaration fut suivie le 14 Juillet 1776 de la *déclaration d'indépendance*, dont le début proclame l'égalité humaine, l'inaliénabilité des droits naturels, la légitimité de l'insurrection pour échapper au despotisme (2).

Le second congrès de Philadelphie vota au mois de Novembre 1777, sous le nom d'*Articles de confédération*, l'établissement d'une ligue d'amitié entre les treize Etats révoltés et d'un gouvernement fédéral. Ce gouvernement fût trop faible ; il manquait d'autorité ; il se vit refuser les moyens de se faire obéir et de remplir sa lourde tâche. Les embarras et les dangers de la situation donnèrent de l'essor au mouvement fédéraliste.

Au mois de Mai 1787 les délégués des colonies se réunirent en Convention et résolurent d'établir l'union sur des bases solides en la dotant d'une Constitution. L'œuvre, terminée en Septembre 1787, fut confirmée par le Congrès, puis ratifiée par les divers Etats. La *Constitution fédérale américaine* entra en vigueur au début de 1789.

Soumise dans chaque Etat en 1787 et 1788 à la ratification de Conventions nationales, elle fut partout ardemment discutée et combattue. Jaloux de leur souveraineté et soucieux du maintien des libertés publiques, les Etats se plaignirent qu'à ce double point de vue la Constitution fédérale n'offrit pas assez de garanties. Ils exigèrent qu'elle fût complétée par des amendements, qui furent votés et ratifiés en

Commonwealth 1891. La Traduction Française vient de paraître à Paris chez Giard et Brière en 4 volumes. — *Carlier*. La république américaine — *De Chambrun*. Droits et libertés aux Etats-Unis. — Le pouvoir exécutif aux Etats-Unis. — *Masseras* Washington et son œuvre. — *Burgess*. Political science and comparative Constitutional law. — *Ellis Stevens*. Les sources de la Constitution des Etats-Unis. — *Story*. Commentaries on the Constitution of the United States. — *Palma*. Studii sulle Costituzioni moderne, Turin 1892. — *Gourd*. Les chartes coloniales et les Constitutions des Etats-Unis de l'Amérique du Nord.— *Van Holst*. Verfassung und Democratie der Vereinigten Staaten von America.

(2) A lire : *Paul Janet*. Histoire de la science politique 1887, I., p. XVI à XXII.

1791 au nombre de dix. Un onzième vint garantir en 1798 l'autonomie judiciaire des Etats ; un douzième en 1804 régla certains détails de l'élection présidentielle. Enfin, trois nouveaux amendements votés en 1865, 1868, 1870, après la guerre de sécession, sont relatifs à l'abolition de l'esclavage et à l'égalité des droits accordés aux nègres et aux anciens esclaves.

53. Caractères généraux. Le Droit public des Etats-Unis est *écrit* ; il est *fédéral* ; il est *républicain*. Né d'un pacte formel d'union entre Etats, on comprend aisément qu'il dût être rédigé par écrit, qu'il fît l'objet d'un texte précis et complet, d'une Constitution. On sait d'ailleurs que les publiscistes des XVII[e] et XVIII[e] siècles prônèrent la nécessité de rédiger par écrit les Constitutions nationales et d'en faire l'objet de documents complets, systématiques, solennellement promulgués (3). Les colonies émancipées de l'Angleterre à partir de 1776, s'étaient sans retard donné des Constitutions écrites.

L'on ne saurait trop insister sur le caractère essentiellement et exclusivement *fédéral* de la Constitution des Etats-Unis. De treize colonies à l'origine, la Fédération était parvenue à former en 1830 un ensemble de vingt-quatre Etats ; depuis lors, vingt et un Etats ont été incorporés, ce qui porte à 45 le nombre actuel des membres de la Fédération.

Chaque Etat a sa Constitution propre, sa législature, ses tribunaux, son gouvernement, son administration, sa milice. Il en résulte que la Constitution fédérale est en quelque sorte superposée aux Constitutions nationales et que c'est par celles-ci que la vie publique est gouvernée dans ses manifestations les plus nombreuses. L'on a pu dire qu'un citoyen Américain peut passer toute son existence sans avoir à invoquer les lois ni à recourir aux autorités fédérales (4).

(3) *Esmein*, page 391. — Nous reviendrons sur la théorie générale des Constitutions écrites.

(4) Vossion-Boutmy.

L'objet de la Constitution est d'établir ces autorités et de déterminer limitativement leurs pouvoirs. On peut leur appliquer le principe que la Constitution Belge formule pour le chef de l'Etat (art. 78): elles n'ont d'autres pouvoirs que ceux que la Constitution leur attribue. Le dixième amendement déclare expressément que les pouvoirs non délégués ou refusés par la Constitution aux autorités fédérales sont réservées soit aux Etats, soit au peuple. Il en résulte, qu'à défaut de texte formel, il ne faut jamais interpréter les dispositions de la Constitution fédérale au détriment de l'autonomie des Etats. Le premier amendement qui défend au Congrès de toucher à la liberté des cultes et à celle de la presse n'a pas empêché le Massachussets d'entraver la liberté religieuse jusqu'en 1818 et plusieurs Etats du Sud de porter atteinte, à certaines époques, à la liberté de la presse. Le neuvième amendement déclare que l'énumération de certains droits dans la Constitution ne devra pas être interprétée comme annulant ou restreignant d'autres droits conservés par les citoyens (5).

54. République et Démocratie. Certains publicistes (6) cherchent dans les croyances religieuses, dans le succès des idées protestantes et notamment des idées puritaines, la cause du triomphe en Amérique de la république d'abord, des idées et des institutions démocratiques ensuite. Cette opinion ne correspond pas à la réalité des faits (7). L'on a remarqué que c'est dans la Virginie, où ne pénétra guère la démocratie puritaine, que les institutions représentatives se développèrent d'abord.

Sans nier que les formules de J. J. Rousseau, répandues

(5) V. Boutmy. Etudes de Droit Constitutionnel, p. 97 ss.

(6) *Ch. Borgeauld*. Les origines de la Démocratie moderne dans la vieille et la nouvelle Angleterre. – Etablissement et révision des Constitutions en Amérique et en Europe.

Strauss. Origine de la forme républicaine du gouvernement aux Etats-Unis.

(7) *C. Ellis Stevens*. Sources de la Constitution des Etats-Unis, p. 147 et ss, 248 ss.

surtout en Amérique par un livre de Thomas Paine, intitulé *Common Sense*, aient exercé beaucoup d'influence sur l'opinion publique et laissé des traces dans les textes constitutionnels, il est aujourd'hui certain que les membres de la Convention de Philadelphie n'étaient guère imbus d'idées ni puritaines, ni démocratiques, que les éléments démocratiques de la Constitution américaine proviennent de tendances et de traditions, d'origine anglaise, de beaucoup antérieures à l'existence des Têtes rondes et des Puritains, que, tout en repoussant les préférences d'Hamilton pour une monarchie héréditaire, les fondateurs de la République Américaine ne furent jamais des républicains de principe ni des partisans absolus et théoriques des thèses démocratiques, qu'ils semblent au contraire avoir tenu en grande défiance. Sait-on que la Constitution fédérale ne traite pas du droit de suffrage, en laisse la réglementation aux diverses législatures d'Etats, qui jusqu'en 1831 continuèrent de l'assujettir à des conditions censitaires : possession de certains immeubles ou paiement de certaines taxes ? La société américaine s'est développée dans des conditions spéciales, excluant toute oligarchie, incompatibles avec tout privilège. Née de la colonisation, grossie d'une population hétérogène venue de tous les points du globe, elle s'est constituée sur la base de l'égalité la plus complète et de la liberté la plus large. Un auteur récent la caractérise en la qualifiant de «grande compagnie commerciale pour la découverte,la cul» ture et la mise en rapport d'un énorme territoire» (8). L'on n'y trouve pas d'anciennes familles en possession d'immunités et de privilèges, aptes à former une aristocratie héréditaire dont puisse surgir une dynastie royale ; toutes les distinctions sont prohibées ; la collation des titres de noblesse est même expressément interdite par la Constitution. Mais tout cela n'est la conséquence ni de théories politiques ni de thèses religieuses : tout cela est le résultat des faits, le produit spontané des situations, de l'ordre établi. « La nation

(8) **Boutmy. Etudes**, p. 128.

» américaine, écrit *Ellis Stevens* (9), a été fondée par des » hommes, dont la grande majorité appartenait à la branche » anglaise de la race teutonique. La plupart des colons » étaient de même sang. Leur langue, leurs usages étaient » ceux de l'Angleterre. Ils avaient emporté avec eux en » Amérique, non seulement le souvenir des institutions po- » litiques de la mère patrie, mais pour une grande partie, » la loi anglaise elle-même. Et pendant un siècle et plus, en » dépit de conditions variables, ils ont vécu unis politique- » ment avec l'Angleterre, comme membres d'un seul et même » empire..... Une nation puissante ne manque jamais de lais- » ser son empreinte sur l'esprit des citoyens ou sujets et » de former, de mouler, en quelque sorte, leurs opinions » politiques. Et c'est sans nul doute la raison pour laquelle » l'Histoire nous montre que le développement politique des » colonies d'une nation donnée a passé invariablement par » des formes similaires à celles que l'on trouvait prédomi- » nantes dans la métropole. »

«.... Les Anglais de l'époque d'Elisabeth et de Jacques I » possédaient en commun un certain fonds d'idées politiques. » Il y avait accord, dans les esprits, relativement à la manière » de concevoir certains principes de gouvernement, dont les » principaux étaient : 1° un seul chef du pouvoir exécutif ; » 2° un corps législatif, composé de deux chambres : la » Chambre haute conservatrice et la Chambre basse repré- » sentant directement l'ensemble du peuple ; 3° un pouvoir » judiciaire distinct.

» On était aussi d'accord sur un grand nombre de prin- » cipes généraux, tels que le jugement par le jury, le droit » essentiel qu'avaient les représentants de voter l'impôt et » autres du même genre... »

On conçoit donc que les Chartes, puis les constitutions particulières des colonies furent rédigées tout naturellement sur le type des institutions anglaises et, sauf certaines modifications provenues des nécessités inhérentes à la transplan-

(9) Sources de la Constitution des Etats-Unis, p. 4 ss.

tation sur un nouveau sol, en furent sinon des copies, du moins des imitations plus ou moins fidèles. De nombreux publicistes anglais et américains se sont attachés récemment à traiter ce sujet et à montrer dans les détails les similitudes fondamentales qui existent entre le Droit public anglais et le Droit américain. Ces similitudes sont frappantes. L'on a fait remarquer que l'union des colonies sous le gouvernement de la Grande Bretagne créait entre elles un lien commun qui ouvrait la voie au régime fédéral. La législature centrale, le Parlement anglais avec ses deux chambres a fait place au Congrès divisé lui aussi en deux branches ; dans chaque Etat, les Chambres actuelles remplacent l'ancien Conseil et l'ancienne assemblée de Représentants, qui dans les colonies existaient par imitation de la Chambre des Lords et la Chambre des communes. Chaque Etat a conservé ses tribunaux distincts ; et quant au Conseil privé, qui dès avant l'émancipation exerçait la juridiction suprême, ne correspond-il pas exactement à la Cour suprême fédérale ? Le Roi exerçait son autorité dans chaque colonie par un gouverneur ou président. On comprend que la révolution ne changea pas grand chose au pouvoir exécutif. Quand prévalut la nécessité d'établir un gouvernement central, l'idée ne vint à peu près à personne d'instituer une dynastie héréditaire ; l'on créa, à l'instar de ce qui existait dans chaque colonie, un président qui hérita des attributions reconnues au Roi et à ses représentants les gouverneurs.

Il est aujourd'hui démontré, bien que cela semble étrange, que la présidence américaine dérive de la Royauté anglaise, telle qu'elle existait et se comportait à la fin du XVIIe siècle, à l'époque du pouvoir personnel de Georges III (10).

55. Pouvoirs fédéraux.

C'est donc sous l'influence prédominante des traditions et des idées politiques anglaises, que les membres de la Convention de Philadelphie rédigèrent la Constitution fédérale. Défiants à l'égard des théories et des

(10) V. *Ellis Stevens*, chap. V et VI. V. la note p. 150.

formules abstraites, formés à l'Ecole de Montesquieu et de Blakstone et pénétrés des traditions coloniales et des besoins de leur temps et de leur pays,ils se donnèrent pour mission de doter l'union américaine d'un gouvernement complet, solide et durable. Ils réussirent à l'établir et à l'organiser sur le modèle des institutions de la mère patrie, et, sans renoncer à lui donner le moyen de se maintenir et de remplir sa gigantesque mission, ils parvinrent à déterminer ses pouvoirs de manière à dissiper à la fois et les inquiétudes des citoyens, soucieux de leurs libertés et les craintes des divers Etats, jaloux de leur autonomie. Il fallut bien pourtant réaliser et sauvegarder l'unité de la fédération, que l'on voulait établir. Nécessité s'imposait non seulement de créer une législature, un gouvernement, une justice fédérale, mais encore d'adopter une Constitution commune, et par voie de conséquence de reconnaître une souveraineté plus élevée que celle des Etats eux-mêmes, d'instituer au-dessus d'eux un pouvoir constituant unique, organisé de telle sorte qu'une minorité d'Etats ne pût se révolter contre les décisions de la majorité. L'art 5 de la Constitution fédérale y pourvoit; cette disposition permet aux trois quarts des Etats fédérés, représentés soit par leurs législatures, soit par des Conventions, d'adopter des modifications constitutionnelles obligatoires pour les autres Etats. Il n'est pas douteux que l'insertion dans la constitution américaine de cette *clause* dite de *revision* n'ait contribué à rendre sensible et à faire adopter en Europe la grande distinction, aujourd'hui classique, entre le pouvoir constituant et les pouvoirs constitués.

Les pouvoirs constitués fédéraux sont organisés séparément par des articles distincts de la Constitution : l'on sent à la lecture des textes la préoccupation de suivre *Montesquieu* et *Blakstone*, surtout dans les conséquences qu'ils tirent du principe de la séparation des pouvoirs.

56. Présidence. Le *pouvoir exécutif* fédéral est confié à un Président, *élu pour quatre ans* (11). L'élection se fait à deux degrés. Les citoyens investis dans chaque Etat du droit de suffrage par leurs lois nationales nomment (12), au scrutin de liste majoritaire, des électeurs présidentiels en nombre fort restreint : ce nombre est fixé au chiffre de membres par lequel l'Etat est représenté au Congrès fédéral. Ainsi, l'Etat de Névada qui envoie au Congrès deux sénateurs et un seul député, choisit trois électeurs présidentiels. New-York qui nomme deux sénateurs et trente-quatre députés désigne trente-six électeurs présidentiels. Ceux-ci se réunissent (13) dans leurs Etats respectifs et désignent deux candidats à la présidence. Les procès-verbaux du scrutin sont envoyés au Président du Sénat, qui en fait (14) le dépouillement en présence du Congrès et proclame Président le candidat qui a obtenu le plus de suffrages. Nous omettons les détails. Il est procédé de la même manière à l'élection d'un Vice-Président. La Constitution américaine, on le voit, adopte un moyen terme entre l'élection du chef de l'Etat par le peuple et son choix par la Législature : la nomination par des électeurs d'élite, par des notables élus du peuple et formant dans chaque Etat des collèges spéciaux. Malheureusement le but poursuivi n'a pas été atteint ; l'élection indirecte s'est altérée promptement dans son mécanisme et dans ses résultats ; de fait, les électeurs présidentiels n'ont pas tardé à être choisis à raison de leurs préférence pour tel parti ou tel candidat, et à recevoir un mandat impératif des votants du premier degré. Aujourd'hui l'élection présidentielle est bel et bien le résultat du suffrage populaire direct: la désignation des candidats à la présidence,

(11) Le Président est rééligible, mais depuis Washington, qui refusa lui-même une 3me élection, il est de tradition de ne réélire qu'une fois le Président.

(12) En Novembre.

(13) En Janvier.

(14) Au mois de Février.

en même temps que des électeurs présidentiels, est l'œuvre des partis, qui tiennent à cet effet de gigantesques et solennelles assemblées. Du moins ce mode d'élection populaire donne au Président des Etats-Unis une grande puissance, un grand prestige; avec l'appui de l'opinion publique, dont il est l'organe essentiel, il peut exercer sa mission avec pleine indépendance.

Quant à la *situation constitutionnelle et aux pouvoirs du Président*, nous avons dit qu'ils furent déterminés par la Convention de Philadelphie en prenant pour type la royauté anglaise. Mais l'on ne doit pas oublier qu'en ce moment le régime des gouvernements de cabinet n'était pas encore mûr en Angleterre, qu'avec Georges III l'autorité royale était redevenue énergique et personnelle, et que d'autre part les américains ne cessèrent d'avoir devant les yeux les commentaires classiques, dans lesquels des juriconsultes comme Blakstone, représentaient la puissance monarchique anglaise comme plus considérable qu'elle ne l'était en réalité (15). Cela explique comment et pourquoi la fonction présidentielle aux Etats-Unis se trouve « être celle d'un exécutif in- » dépendant de la législature, maître de son propre cabinet, » et le véritable administrateur de la nation » (16).

Bien qu'il ne soit pas indiqué par la Constitution comme tierce partie du pouvoir législatif et ne soit dès lors expressément investi ni du droit d'initiative ni du droit de sanction et de *veto absolu*, le Président des Etats-Unis exerce sur la législation fédérale une influence considérable, par les messages qu'il adresse au Congrès, par les rapports officieux qui s'établissent entre les chefs des départements ministériels (les secrétaires d'Etat) et les comités parlementaires, enfin par l'usage du droit de veto *suspensif* que la Constitution lui accorde (17). Le droit de veto n'avait-il pas été de tout

(15) *Blakstone*. Commentaires. Livre I, ch. VII. — *Ellis Stevens*, pages 148 à 159.

(16) *Ellis Stevens*, page 153.

(17) Ellis Stevens, p. 162 et ss.

temps reconnu au Roi et à ses représentants, les gouverneurs coloniaux ? Il était naturel qu'il devint une prérogative présidentielle. Les écrits de Montesquieu et de Blakstone firent toutefois prévaloir le *veto* purement suspensif ou conditionnel dans les Constitutions de Massachussets et de New-York d'abord, puis dans la Constitution Fédérale. Le Président peut rejeter tout acte législatif qui n'est pas adopté ultérieurement par les deux tiers des membres de chaque branche du Congrès. Quand un projet de loi voté par les deux chambres lui est présenté, il peut dans un délai de dix jours, le renvoyer à celles-ci avec ses objections ; ce projet ne devient loi définitive que moyennant le vote favorable des deux tiers des membres dans les deux Chambres.

Pourtant la Constitution n'accorde pas au Président une action directe sur le Congrès ; il ne peut réunir les Chambres qu'en cas d'urgence, les ajourner qu'en cas de dissidence entre elles ; ni les dissoudre, ni clôturer leur session. Il n'y a pas de texte qui lui accorde le pouvoir réglementaire, mais ce pouvoir entre virtuellement dans le pouvoir exécutif, confié sans aucune restriction au Président. Au point de vue intérieur, comme au point de vue des relations internationales, son rôle, sa puissance sont considérables. Pour les nominations aux fonctions administratives et judiciaires les plus élevées, pour les décisions et les actes les plus graves, il est tenu de prendre l'avis du Sénat, mais il est de tradition que le concours de la haute assemblée soit toujours assuré au Président et soit donné dans les conditions les plus courtoises. C'est surtout en temps de guerre que le rôle du Président grandit : la Constitution lui accorde alors des pouvoirs extraordinaires, illimités, dictatoriaux (18). On sait que l'émancipation des esclaves aux Etats-Unis fût le résultat des mémorables proclamations du Président Lincoln (22 septembre 1862 et 1er janvier 1863).

L'institution ministérielle et le gouvernemene de cabinet,

(18) *De Chambrun*. Le pouvoir exécutif aux Etats-Unis. p. 273 ss.

tels que nous les connaissons n'existent pas. Le Président choisit librement, avec l'avis du Sénat, ses collaborateurs : les secrétaires d'Etat; ; ceux-ci n'ont constitutionnellement aucun rapport, aucun contact avec les Chambres, dont ils ne peuvent faire partie et où ils n'ont pas même libre entrée. Théoriquement la séparation des pouvoirs est donc rigoureusement appliquée. Mais de fait, des relations officieuses ne pouvaient pas ne pas s'établir ; elles se sont introduites, en effet, et ne cessent de se développer entre d'une part, les secrétaires d'Etat et d'autre part, les présidents des innombrables commissions parlementaires, instituées dans les deux Chambres du Congrès. Il est en tout cas bien certain que le Président n'a pas à consulter obligatoirement ses ministres ni en corps, ni individuellement ; ceux-ci ne sont que ses aides ou ses agents; le Président agit personnellement, en toute liberté, avec pleine et exclusive responsabilité.

57. Chambre et Sénat.

Le pouvoir législatif appartient au Congrès, composé de deux Chambres: la Chambre des représentants et le Sénat.

La Chambre des Représentants ou *première* Chambre se compose aujourd'hui d'un peu moins de 400 membres, élus directement dans chaque Etat au scrutin de liste majoritaire par les citoyens jouissant de l'électorat en vertu de leur loi nationale. Elle est renouvelée intégralement tous les deux ans. La répartition des sièges est faite entre les Etats fédérés proportionnellement à la population; elle assure la prépondérance, aux Etats les plus peuplés.

Le *Sénat ou seconde Chambre* a été organisé en vue de remédier à cette prépondérance en assurant à tous les Etats une représentation identique, quelle que soit leur population. Dans chaque Etat, les deux Chambres formant la législature nomment deux membres. La seconde Chambre est donc composée de 90 sénateurs ; elle se renouvelle par *tiers tous les deux ans.* Pendant longtemps le Sénat ne fonctionna guère comme conseil législatif ; il jouait plutôt le rôle de

conseil privé du président et d'assemblée de plénipotentiaires des Etats. Mais quand il devint plus nombreux, il commença à tenir des séances publiques ; il se transforma en assemblée délibérante, en véritable parlement. Il est devenu de nos jours, le corps politique le plus populaire, l'organe le plus respecté de l'opinion publique (19).

58. Justice fédérale. Le *Pouvoir judiciaire fédéral* est complètement distinct des corps judiciaires des divers Etats. Il est délégué : 1° à une *Cour suprême*, statuant en fait et en droit, dont les membres sont nommés à vie sur l'avis du Sénat par décret présidentiel ;

2° à des cours inférieures dont l'organisation relève des lois fédérales.

Le pouvoir judiciaire a son autonomie propre ; dans le jugement des affaires de sa compétence, il contrôle non seulement la légalité des arrêtés et règlements administratifs, mais *la constitutionnalité des lois tant fédérales que nationales.* Nous reparlerons plus tard de cette importante prérogative, qui donne aux décisions judiciaires américaines une place si considérable dans l'interprétation et le développement du Droit public.

59. Quoique le texte de la Constitution des Etats-Unis ait été soit omis soit dénaturé dans les anciens recueils de Constitutions (20), il est certain que le Droit public américain fut connu et étudié en France dès le début de la Révolution. Certaines biographies d'hommes d'Etat, de *La Fayette*, de Franklin, de Washington, d'Hamilton témoignent des communications intellectuelles, des continuels échanges d'idées politiques qui eurent lieu à la fin du XVIIIe siècle entre les Etats-Unis et la France.

Les principaux écrits publiés en Amérique étaient dès cette époque traduits et publiés à Paris, (21), notamment le

(19) Vossion. p. XV. — Boutmy. Etudes de Droit constitutionnel, p. 127 ss.

(20) Vossion, page VII.

(21) V. Paul Janet. Histoire de la science politique, tome II.

journal le *Fédéraliste* (22) et les écrits de *Thomas Payne*, de *Franklin*, de *John Adams*, de *Jefferson*.

§ 4. Le Droit public Français. (1)

60. Programme Révolutionnaire. Il ne peut être question d'analyser les nombreuses Constitutions qui se sont succédé en France depuis 1791 jusqu'à nos jours. Le Droit public Français ne nous intéresse qu'au point de vue de son influence sur le Droit Constitutionnel Belge. Nous ne nous occuperons donc que des Constitutions et des Chartes antérieures à 1831, non pas pour en étudier en détail les multiples dispositions, mais pour en donner une vue d'ensemble, dégager leurs principes, caractériser le programme politique dont elles furent successivement l'application. Ce programme peut se réduire aux trois points suivants, que nous développerons sommairement.

I. *La Révolution Française a pris pour tâche première la destruction du passé, l'abolition de toutes les institutions sociales et politiques existantes.* Elle ne se contente pas de réformer ou d'approprier ; elle prétend tout refaire, tout rebâtir à neuf, créer de toutes pièces un régime nouveau. Elle réalise ce programme avec une logique, une rigueur impitoyables. Les anciennes provinces sont détruites et remplacées par les départements, divisions purement administratives ; les Etats, les corporations, les Parlements sont dissous. Le

(22) Cette mémorable publication vient d'être rééditée en français en un gros volume de près de 800 pages, librairie, Giard et Brière à Paris. Guizot affirmait « qu'au point de vue de l'application des principes élémentaires du » gouvernement, il ne connaissait pas de meilleur ouvrage ».

(1) *L. Tripier.* Constitutions qui ont régi la France. — *Comte Catta.* Le régime représentatif en France. — *Taine.* Les origines de la France contemporaine. — *Seignobos.* Histoire de l'Europe contemporaine. — *Weil.* Les élections législatives depuis 1789. — *L. Lebon.* Cent ans d'histoire intérieure. — *L. Delplace, S. J.* La Belgique sous la domination Française. — *Palma.* Studii sulle Costituzioni moderne, chapitre II. — *G. Ducoudray.* Histoire et civilisation modernes 1715-1815, lib. Hachette et Cie.

droit d'association est aboli. La Constitution de l'an III supprimait les communes pour leur substituer artificiellement les cantons. Le patrimoine des communes fut un moment confisqué par décret. Les révolutionnaires écartaient tout intermédiaire entre la puissance publique et les citoyens ; ils oubliaient que les institutions locales comme les associations et autres organismes collectifs forment rempart contre le despotisme et sont pour la liberté et l'esprit public la meilleure des écoles.

II. La Révolution rêve, après avoir anéanti le passé, de doter la France d'une Constitution idéale, parfaite, qui pût servir de type à l'humanité toute entière. Elle ne se préoccupe pas des réalités sociales, des précédents historiques, du tempérament et des mœurs du pays. Les Révolutionnaires ne songent pas à revendiquer des libertés, ou à faire revivre des institutions traditionnelles, ni à prendre des garanties pratiques contre des abus existants. Ils se laissent égarer par des formules abstraites et théoriques autant que par leurs passions et leur enthousiasme. Aussi, les Constitutions qui voient le jour n'ont aucun appui dans la réalité, ne répondent aux besoins ni de la nation ni de l'époque : ce sont des constructions élevées sur le sable, des œuvres fragiles et éphémères. M. Boutmy (2) après avoir rappelé le procédé des Anglais consistant à revendiquer toujours des libertés traditionnelles et des garanties historiques raconte qu'en 1815, après Waterloo, le Corps législatif discutait et votait dans un enthousiasme délirant une déclaration des droits de l'homme et les articles d'une Constitution : le lendemain Blücher entrait à Paris !

La théorie des droits de l'homme est l'un des dogmes fondamentaux du *Credo* révolutionnaire.

Faut-il y voir une sorte de libellé du Contrat social, un corollaire de la doctrine de J. J. Rousseau, dont l'influence sur la Révolution fut si considérable ? Cette question a fait l'objet de récentes recherches. *Jellineck* dans une brochure

(2) Etudes de Droit constitutionnel, pages 59 à 71.

parue en 1895 (3) démontre que le contrat social de Rousseau n'est pas la source de la célèbre *Déclaration des droits de l'homme* de 1789 ; que celle-ci a été inspirée par les déclarations de droit des Colonies de l'Amérique du Nord et votée par la Constituante après de longs débats qui portèrent sur 21 projets, dont l'un avait pour auteur Lafayette. Tous ces projets se ressentent visiblement de l'influence exercée par les déclarations américaines alors bien connues en France. Mais il convient de dire que la rédaction, le style rappellent souvent les formules de Rousseau et qu'en tout cas la déclaration Française a un caractère abstrait, doctrinal, métaphysique, comme le Contrat social et comme toutes les œuvres de la Révolution. Les droits de l'homme sont envisagés comme des droits absolus, antérieurs au pacte social, susceptibles d'être énumérés et définis en une solennelle déclaration formant, pour tous les temps et tous les pays, une sorte d'idéal immuable, que les pouvoirs publics et les citoyens doivent sans cesse avoir devant les yeux.

III. — C'est de l'imitation souvent malhabile des institutions Anglaises et Américaines et du Contrat Social de J. J. Rousseau que les Révolutionnaires tirent les éléments du Droit public nouveau, qu'ils élaborent. L'influence de J. J. Rousseau sur les idées et les institutions Françaises a été immense. « C'est le Contrat social qui a fait « la Révolution », écrit Paul Janet (4). Il y a dans cet ouvrage deux théories surtout, dont la Révolution consacre le triomphe. La première est la théorie de l'égalité, égalité absolue, excluant les distinctions sociales et conduisant à l'abolition des associations et de tous les organismes collectifs, pour ne laisser en présence que les individus et l'Etat.

La seconde théorie est celle de la souveraineté populaire inaliénable. Suivant Rousseau, la société, et il entend par là

(3) Elle vient d'être traduite : *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*. Bibliothèque de l'histoire du Droit des Institutions, Paris chez Fontemoing.

(4) Histoire de la science politique, II, p. 455 ss.

l'universalité *numérique* des individus, est perpétuellement maîtresse d'elle-même ; sa souveraineté est absolue, inaliénable et imprescriptible ; les gouvernements ne sont que les délégués du peuple, révocables *ad nutum ; le droit de révolte est permanent.* La loi ne peut être que l'expression de la volonté générale et celle-ci peut tout vouloir et tout décider : elle est omnipotente. Il est aisé de suivre la réalisation de ces théories dans les Constitutions successivement rédigées. La Constitution de 1793 proclame expressément que la souveraineté appartient à l'universalité des citoyens. Tout le système politique révolutionnaire est fondé sur le droit de suffrage ; toutes les fonctions sont rendues électives et temporaires. L'application du principe est précipitée jusqu'au suffrage universel et exagérée par son extension maladroite à la magistrature (5). La volonté générale, à qui la Constitution donne pour premier organe une Chambre unique ne tarde pas, sous l'empire des théories de Rousseau à être considérée comme ne pouvant être exprimée que par la consultation directe des citoyens ; le *referendum* est établi pour toutes les lois. Le gouvernement est naturellement réduit à un rôle purement exécutif ; un moment il est confié à des collèges ou commissions de plusieurs membres : il n'a ni autorité, ni prestige, il est frappé d'impuissance.

L'influence des écrits de Montesquieu et du Droit public Anglais et Américain est trop restreinte pour faire contrepoids ; à part le principe de séparation des pouvoirs, que cette influence fait admettre, elle ne porte guère que sur des points moins essentiels : garanties de la liberté individuelle, inviolabilité royale, responsabilité ministérielle, immunités parlementaires, droit de priorité de la Chambre pour les dépenses publiques, etc...

(5) Les juges furent élus à temps depuis la première Constitution de 1791 jusqu'à la grande loi de réorganisation judiciaire de 1810.

61. Constitution monarchique de 1791.

La Constitution Française de 1791 est l'œuvre de la Constituante (6). Elle institue une *monarchie représentative.* Elle déclare que tous les pouvoirs émanent de la nation, qui en délègue l'exercice ; ils s'exercent séparément. *Le pouvoir législatif* est délégué à l'*Assemblée législative*, Chambre unique et corps permanent, composé de 745 représentants répartis entre les départements proportionnellement au territoire, à la population et au chiffre des contributions directes. L'assemblée est intégralement renouvelée tous les deux ans ; elle est issue par voie d'élection à deux degrés (7) du suffrage des citoyens de 25 ans, payant une contribution de trois journées de travail, lesquels élisent par canton dans les assemblées primaires parmi les propriétaires, usufruitiers ou locataires d'une habitation ou d'un bien évalué selon les cas à 150 ; 200 ou 400 journées de travail (7 bis), des électeurs du second degré chargés d'élire les députés au scrutin individuel dans les assemblées électorales du département.

Le *Roi* exerce le pouvoir exécutif : son rôle est fort amoindri ; il est sans action sur la Chambre, ne peut ni la convoquer, ni l'ajourner, ni clore sa session, ni la dissoudre. Il ne fait pas partie du pouvoir législatif ; il n'y a ni droit d'initiative, ni droit de sanction. Les analogies avec la Constitution Américaine sautent ici aux yeux. Il y a incompatibilité

(6) On trouvera une très intéressante critique de cette Constitution dans l'ouvrage publié en 1792 par l'ancien ministre de Louis XVI, M. *Necker*, sous le titre : *Du pouvoir exécutif dans les grands Etats.*

(7) Pour les Etats généraux, les élections du tiers Etat se firent au scrutin de liste à deux degrés dans les campagnes, à trois degrés dans les villes : les *contribuables* seuls y prirent part.

(7 bis) La Constitution de 1791 abroge le décret électoral de 1789, qui n'exigeait qu'un cens de dix journées de travail, mais n'admettait comme éligibles aux fonctions de députés que les propriétaires fonciers du département payant en contributions directes au moins un marc d'argent (54 francs environ). *Weil*, chap. II.

absolue entre les fonctions ministérielles et le mandat parlementaire, bien qu'à l'inverse de ce que décide la Constitution Américaine, les ministres du roi aient libre entrée à l'Assemblée législative. La Constitution de 1791 n'accorde au roi sur les décisions de celle-ci qu'un *veto* suspensif. Les projets votés par elle sont présentés au roi, qui peut dans les deux mois y refuser son assentiment en employant la formule : le roi examinera. La même législature (8) ne peut alors représenter le projet. Mais si les deux législatures suivantes s'y rallient, le projet devient loi définitive nonobstant l'opposition royale. « Que le roi fût tenu en suspicion, écrit » M. André Lebon (9), et par conséquent dépourvu d'attri- » butions suffisantes, cela résulte du texte même de la Cons- » titution et était pour ainsi dire commandé par les circons- » tances. Mais, chose curieuse — et c'est ici que l'on voit » une première application des doctrines erronées de l'époque » sur la séparation nécessaire des pouvoirs — on empêchait » le roi de prendre ses conseillers parmi les membres les plus » qualifiés de l'assemblée, pour soustraire celle-ci à l'action cor- » ruptrice de l'exécutif et la laisser plus indépendante dans » ses appréciations. Dans un temps, où le soupçon était par- » tout, une pareille disposition était peut-être explicable, » mais son fonctionnement devait fatalement conduire à » d'inextricables dissentiments entre l'exécutif et le législa- » tif, puisque ce ne serait jamais les personnages les mieux » autorisés qui seraient appelés à établir le contact des deux » pouvoirs. »

62. Convention. La Constitution de l'an III. La Constituante commit une grande faute en décidant, sur la proposition de Robespierre, qu'aucun de ses membres ne pourrait faire partie de l'Assemblée législative. Elle livrait ainsi le maniement délicat de la Constitution à des nouveaux venus, inexpérimentés, dominés par les idées démagogiques. Ces idées ne tardèrent pas à triom-

(8) Assemblée élue pour une période de deux ans.

(9) Cent ans d'histoire intérieure, p. 29.

pher. L'*Assemblée législative* fut entraînée par l'influence des clubs et les violences révolutionnaires ; elle fut débordée et en arriva bientôt à décréter la suspension de l'autorité royale et la réunion d'une Convention nationale. *Par décret des 11-12 août 1792, elle supprima toute condition de cens tant au premier qu'au second degré des élections.*

La Convention nationale fut donc élue par le suffrage universel à deux degrés. Elle proclama la République et rédigea la *Constitution de 1793*, œuvre « follement démagogique» qui ne fut jamais mise en application. Elle proclamait la souveraineté de l'universalité des citoyens, faisait élire annuellement par le suffrage universel direct (10) les membres du Corps législatif, répartis entre les départements à raison de un député par 40.000 habitants. Le Corps législatif avait mission de proposer les lois ; tout projet adopté par lui devait être envoyé à toutes les communes. Si le dixième des assemblées primaires dans la majorité des départements le demandait, il était soumis par oui ou par non à la ratification du suffrage universel (*referendum populaire*). A la royauté, était substitué un conseil exécutif de 24 membres nommé par le Corps législatif dans une liste de candidats formée par les assemblées électorales de tous les départements.

Une réaction ne tarda pas à se produire : la Convention revint en 1795 à des idées plus sages et vota la *Constitution directoriale de l'an III*, sous laquelle la Belgique vécut comme la France de Novembre 1795 à Novembre 1799. M. André Lebon (11) voit dans cette Constitution «un singulier » mélange de réaction pratique contre certains abus des der» nières années et d'idéologie rebelle à d'autres leçons de l'ex» périence. » L'intervention directe du peuple dans la confection des lois est supprimée ; l'élection indirecte est rétablie aux deux degrés avec des conditions de cens ; la proposition d'établir un cens d'éligibilité est repoussée, mais l'éligibilité

(10) L'élection continuait de se faire à deux degrés pour le choix des magistrats et des fonctionnaires.

(11) *Op. cit.*, p. 51.

est subordonnée à de rigoureuses conditions d'âge et de résidence (12). La Convention réalise un grand progrès en divisant le Corps législatif en deux chambres, nommées par les mêmes électeurs et renouvelables par tiers tous les deux ans : le *Conseil des cinq cents*, ayant l'initiative des lois, le *Conseil des anciens*, formé de 250 membres, compétent pour voter les lois sans pouvoir en amender les projets. *Le pouvoir exécutif* est confié à un *Directoire* de 5 membres, renouvelable par cinquième tous les ans, par choix du Conseil des anciens, sur une liste décuple de candidats présentés par le Conseil des cinq cents. Le membre sortant n'est rééligible qu'après cinq ans. Comme on le voit, la Convention continue d'exagérer le principe de séparation des pouvoirs ; elle isole l'exécutif, supprime tout contact entre lui et le Corps législatif, qu'il ne peut ni convoquer, ni ajourner, ni dissoudre, ni diriger dans ses travaux.

Issu du Corps législatif, dépourvu de réelle autorité, privé de toute participation au pouvoir législatif, le Directoire devait manquer de prestige et d'indépendance. Du moins ce régime constitutionnel devait-il produire d'innombrables difficultés, engendrer d'inextricables conflits, rendre nécessaires des coups de forces (13). Toutes les fonctions publiques continuaient d'être électives et temporaires. Les communes étaient en quelque sorte supprimées, les petites se trouvant groupées par canton sous une administration unique, les grandes étant divisées en plusieurs municipalités, toutes étant déclarées par la Constitution subordonnées aux administrations départementales, soumises elles-mêmes au gouvernement.

(12) *Lebon*, page 54.

(13) Il fallait pour être éligible au Conseil des anciens avoir 40 ans, 15 ans de domicile en France, et de plus, être marié ou veuf. Le membre réélu de l'un des deux conseils ne pouvait l'être une seconde fois qu'après deux années d'intervalle.

63. Constitution de l'an VIII. *La Constitution de l'An VIII*, modifiée par divers décrets postérieurs, a régi la France et la Belgique sous le Consulat et sous l'Empire. Ce qui la caractérise essentiellement, c'est l application fausse et mensongère qu'elle fait du principe électif. En apparence, le peuple est souverain, tout émane de lui ; en réalité, il y a abdication de tous les pouvoirs entre les mains de Napoléon ; les élections qui à aucune époque n'ont été si nombreuses, ne furent jamais qu'un vain simulacre. « La Constitution de l'an VIII, dit » *Weil* (14) règle le droit électoral suivant un mécanisme » savamment élaboré pour conserver les apparences du suf- » frage universel en le supprimant. On se trouve toujours en » présence de l'élection à plusieurs degrés. » Au début il y a des listes de confiance ou listes des notabilités municipales, départementales, nationales. Les citoyens forment la liste municipale en choisissant un dixième d'entre eux. Les notables municipaux nomment à leur tour un dixième d'entre eux pour composer la liste des notables départementaux. Ceux-ci désignent enfin un dixième d'entre eux pour former la liste des notables nationaux, seuls éligibles aux fonctions publiques nationales. On devine aisément que ces élections successives de notables, faites sous l'influence d'une pression gouvernementale inouie, n'aboutirent jamais à faire inscrire dans les listes dites de confiance que les citoyens avides d'occuper les fonctions publiques nationales, départementales, municipales, désireux par conséquent de servir le régime impérial. Les vices du système furent encore aggravés à la suite des modifications décrétées par le Senatus consulte du 16 Thermidor an X. Il n'y eut plus que des notables d'arrondissement et des notables départementaux nommés *à vie* par les assemblées cantonales de citoyens : les notables départementaux devaient être choisis sur la liste des 600 citoyens les plus imposés du département ; le premier consul

(14) p. 55.

avait le droit d'ajouter dix noms à chaque liste d'arrondissement, vingt noms à chaque liste départementale. Les deux catégories de notables formaient des collèges électoraux distincts, auxquels on n'avait laissé que le droit de présenter des candidats aux fonctions de membres du *Tribunat* et du *Corps législatif* conférées par le Sénat. Le *Tribunat*, nommé par choix du Sénat, au début dans les listes de notabilité nationale, plus tard sur des listes de présentation émanant des collèges d'arrondissements, joua d'abord un rôle indépendant. La réduction du nombre de ses membres, l'augmentation de durée de leur mandat, l'abolition de la publicité de ses séances le réduisirent peu à peu à l'impuissance : il fut supprimé comme inutile en 1807 : ses attributions furent confiées à des Commissions du Corps législatif, dont en 1808 l'empereur revendiqua la nomination. (15)

Le Corps législatif ne fut jamais qu'une assemblée de muets, chargée d'écouter les orateurs du Tribunat et du gouvernement, investie uniquement du droit de se prononçer *ne varietur* sur l'adoption des lois, sans pouvoir les amender, dépourvue de toute mission de contrôle financier et politique.

Dans le système établi par la Constitution de l'an VIII, le *Sénat conservateur* n'est pas un organe du pouvoir législatif; il a seulement mission d'examiner et d'annuler au besoin des lois et autres actes qui lui sont déférés comme inconstitutionnel par le Tribunat ou par le gouvernement. Son rôle principal consiste à nommer les membres du Tribunat et du Corps législatif. Aussi Napoléon eût-il soin de recruter les sénateurs de manière à composer un corps souple à ses volontés. Il s'attribua la première nomination de tous les sénateurs. Le Sénat dût ensuite se recruter lui-même, mais sur présentation de candidats par l'Empereur. L'empereur devait choisir ses candidats parmi les citoyens présentés par les collèges électoraux de départements : concession apparente et mensongère faite au principe de la souveraineté nationale. Le Sénatus-consulte du 28 Floréal an XII l'abolit, pour confé-

(15) *Leblon*, page 97.

rer franchement à l'Empereur le choix direct, en nombre illimité, des membres du Sénat.

Le *pouvoir exécutif* est confié successivement à *trois consuls* élus pour dix ans, puis à trois consuls dont le premier, Napoléon, fut nommé par plébiscite *consul à vie*, enfin héréditairement à l'*empereur Napoléon Bonaparte.* Seul le gouvernement a l'initiative des lois ; les projets sont discutés au conseil d'Etat, communiqués au Tribunat, puis soumis aux votes du Corps législatif.

« L'usage s'introduisit peu à peu, écrit *M. Lebon* (15), de tout » faire par décret du chef de l'Etat, sans même respecter les » formes constitutionnelles: en 1809 et à diverses reprises, un » simple décret prorogea les pouvoirs des membres sortants du » Corps législatif ; en d'autres années, celui-ci ne fut pas du « tout convoqué et l'on perçut les impôts sans son assentiment; d'autrefois encore, et toujours par simple décret » on augmenta soit les taxes existantes, soit le contingent » militaire à lever par voie de conscription. Il n'est pas jus- » qu'à la liberté individuelle, qui ne fut malmenée, puisque, » en 1809 encore, un décret institua des prisons d'Etat — » réédition améliorée de la Bastille — où une décision admi- » nistrative suffisait à retenir indéfiniment un citoyen. » » On se passait même au besoin, dit Weil (16), pour la nomi- » nation des représentants, de l'intervention des Collèges » électoraux. Le Sénat complaisant avait reconnu qu'il » pouvait lui-même nommer les députés, sur la simple pro- » position de S. M., toutes les fois qu'il y avait urgence. »

« En résumé, conclut M. *Lebon* (17) ; rien ne restait » debout en France dans l'ordre politique, en dehors de » Napoléon lui-même. De contrôle, de modération, d'équi- » libre des pouvoirs, on n'avait cure ; tout s'effaçait, tout » s'abaissait devant l'empereur. »

(15) *Leblon, ibidem.*
(16) Page 58.
(17) Page 98

64. Les Chartes de 1814 et de 1830. Le régime impérial succomba définitivement après *Waterloo* (18 Juin 1815). Dès le mois de Juin 1814, *Louis XVIII* rétabli par les alliés sur le trône de France, avait *octroyé* à son peuple la **Charte monarchique de 1814** (18). Elle consacrait l'inviolabilité royale et la responsabilité ministérielle, répartissait le pouvoir législatif entre le roi et les deux Chambres, la première nommée Chambre des pairs se renouvelant par voie d'hérédité (19), la seconde, la Chambre des représentants, composée de membres élus à deux degrés d'abord, puis élus directement depuis la fameuse loi du 5 Février 1817 (20). Malheureusement la Charte n'admettait que des électeurs à 300 francs et des éligibles à 1000 francs de cens direct et n'établissait que le renouvellement annuel par cinquième de la Chambre des députés. Pour une population de 29 millions d'habitants, la France de la première Restauration n'eût que 100000 électeurs et 18000 éligibles. Le principe électif, l'exercice de la souveraineté nationale étaient évidemment restreints dans des bornes trop étroites. Ce fut un défi à l'opinion que de promulguer en 1820 la loi du double vote, créant à côté des 258 députés élus par les collèges électoraux d'arrondissement au scrutin uninominal, 172 députés élus au scrutin de liste dans chaque département par les plus forts censitaires ; ceux-ci votaient donc deux fois, puisqu'ils faisaient partie tant des collèges d'arrondissements que des collèges de départements. La loi du 9 Juin 1824 supprimant les élections partielles pour établir le renouvellement intégral de la Chambre tous les sept ans exaspéra les esprits. Les ordonnances de Juillet 1830, signées par Charles X et par son ministre Polignac furent le signal de la Révolution.

(18) J. Barthélemy. L'introduction du Régime parlementaire en France sous Louis XVIII et Charles X. Giard et Brière.

(19) Le roi renonça au mois d'Août 1815 au droit de nommer des pairs viagers.

(20) Elle établissait l'unité de collège par département avec le scrutin de liste et supprimait les électeurs de droit, adjoints par les préfets aux collèges des départements et des arrondissements.

On sait que ces ordonnances avaient pour objet de suspendre la liberté de la presse, de dissoudre la Chambre à peine élue, de réduire le nombre des députés, de rayer les patentés des listes électorales, et de ne laisser aux collèges électoraux d'arrondissement que le droit de présenter des candidats aux collèges de département. Le dernier des Bourbons fit place à Louis Philippe.

La Charte de 1830 n'est que la Charte de 1814 amendée par les deux Chambres et acceptée par le Roi. « Elle se » borne, dit Lebon (21), à supprimer dans celle-ci les dispo- » sitions qui ont heurté le sentiment national ou suscité des » conflits. Le préambule d'abord disparait, comme consacrant » la doctrine du droit divin ; s'inspirant de l'exemple donné » par l'Angleterre en 1688, on le remplace par la constatation » de la vacance du trône et l'indication du choix fait par la » nation du nouveau souverain. Le drapeau tricolore est » rendu au pays. Le catholicisme cesse d'être qualifié religion » d'Etat... mais on le proclame encore religion de la majo- » rité des Français. La garde nationale, supprimée sous le » ministère Villèle, est rétablie avec le droit d'élire ses offi- » ciers. Pour la presse, un article interdit la censure préala- » ble. On promit enfin une loi, *qui ne fut jamais faite* » *d'ailleurs*, sur la liberté d'enseignement.

» Au point de vue organique, la Charte de 1830 est très » sobre d'innovations : elle donne à chacune des Chambres » l'initiative des lois (22), concurremment avec l'exécutif ; » elle abaisse à 30 ans l'âge de l'éligibilité à la Chambre des » députés, à vingt-cinq ans celui de l'électorat. Mais, soit pour » la pairie, soit pour le cens électoral, elle renvoie à des lois » spéciales qui furent faites l'année suivante. » La loi électorale supprime le double vote et établit le scrutin uninominal ; « elle triple le nombre des éligibles en abaissant à 500 » francs le cens d'éligibilité, elle double *presque* le nombre » des électeurs en diminuant jusqu'à 200 francs le cens élec-

(21) P. 156.
(22) Ainsi que le droit d'amendement, et d'interpellation.

» toral, et en permettant même aux officiers retraités et aux » membres de l'Institut d'exercer le droit de vote s'ils payent » seulement 100 francs de contributions directes (23). Quant » à la loi sur la pairie, elle donna lieu à un admirable débat » à la Chambre des députés : en vain Royer Collard, Guizot, » Thiers, soutinrent-ils le principe de l'hérédité dans l'intérêt » de l'indépendance et de l'autorité de la Chambre Haute : » la grande majorité de l'assemblée, le roi lui-même... ne » voulaient que de la *pairie viagère*, et l'on décida que le roi » devait choisir les pairs, soit parmi les hauts fonctionnaires » civils ou militaires..., soit parmi les propriétaires ou indus- » triels payant au moins 3000 francs de contributions direc- » tes. Les pairs, pas plus que les députés d'ailleurs, ne de- » vaient jouir d'aucun traitement ni dotation.»

La Chambre Haute ainsi réorganisée ne pouvait prétendre à jouer le rôle brillant des pairs de la première Restauration. Le corps électoral, trop restreint, consacrait la prédominance exclusive non de la classe moyenne, mais de la haute bourgeoisie. Le système uninominal reposait sur de criantes inégalités dans la répartition des sièges parlementaires. « Le » cens d'éligibilité, écrit *Lebon* (24) combiné avec l'absence » d'indemnité pour les députés, ne permet que l'élection des » riches ; il favorise même celle des fonctionnaires, auxquels » la *loi ne refuse pas l'entrée de la Chambre, qui y sont 139* » *déjà au début du règne*, plus de 200 sur 459 députés à la » fin, et qui passent naturellement pour suspects de manquer » d'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif. Tout cela » justifie cette appréciation d'une pétition fameuse rédigée » en 1845 en faveur de la réforme (électorale): « La nation ne » saurait trouver dans le corps électoral tel qu'il est aujour- » d'hui constitué l'expression exacte, l'image fidèle, la repré- » sentation sincère de ses opinions, de ses intérêts, de ses » droits ».

(23) Le refus d'ajouter les « capacitaires » au corps électoral occasionna dix-huit ans plus tard la Révolution.

(24) Page 160.

La Charte, sans porter atteinte au principe du renouvellement intégral de la Chambre des députés avait réduit de sept ans à cinq le mandat parlementaire.

65. Influence Française.

Ces indications suffisent pour caractériser l'état du Droit public Français, au moment où le Congrès national Belge s'occupa de rédiger notre Constitution. Les grands débats de la Chambre des pairs et de la Chambre des députés de 1815 à 1831, les discours d'orateurs politiques, d'hommes d'Etat tels que *Royer-Collard*, *Guizot*, les écrits de publicistes qui s'appelèrent de *Bonald*, de *Maistre*, *Lamennais*, *Benjamin Constant* constituent certainement un élément, qui ne saurait être négligé, de contribution à l'élaboration de notre Droit public. L'on ne saurait au surplus nier les avantages considérables procurés à notre pays par vingt années de réunion à la France (1795-1815). « La Belgique, dit le baron de Gerlache (25), jadis morcelée en » provinces, régie par une foule de coutumes et de juridic» tions différentes, doit à la France l'uniformité de ses lois, » de son administration, de ses tribunaux et cette concen» tration des pouvoirs sans laquelle il n'y a ni unité, ni force » dans le gouvernement ni dans la nation ; elle lui doit le ré» veil des arts et des sciences, du commerce et de l'industrie » et l'ouverture de ses ports enchaînés depuis la paix de » Westphalie ».

§ 5. Le Droit public du royaume des Pays-Bas (1815-1830) (1).

66. Les cent jours.

Les alliés,coalisés contre Napoléon,envahissent la Belgique et y installent, le 15 Février

(25) Histoire du royaume des Pays-Bas, t. I., p. 401.

(1) *J. B. Nothomb.* Essai historique et politique sur la Révolution Belge, 4me édition 1876.

Baron de Gerlache. Histoire du Royaume des Pays-Bas de 1814 à 1830, tome III des œuvres complètes.

L. De'place, S. J. La Belgique sous Guillaume I.

1814, un gouvernement provisoire. Ils signent le 30 Mai 1814 le traité de Paris,dont un article secret consacre la réunion de la Belgique à la Hollande. Le traité de Londres, dit des *Huit articles*, règle les conditions de cette réunion. Guillaume d'Orange Nassau accepte en Juillet 1814 les offres de la Sainte-Alliance et prend le premier Août possession de notre pays. L'œuvre des puissances, compromise durant les Cent jours, est consolidée après Waterloo par le second traité de Paris et par le Congrès de Vienne (1815).

La Hollande vivait sous le régime de la *première Loi Fondamentale* depuis 1814 (2), laquelle établissait une Royauté très forte, déclarée souveraine et investie du droit de faire tous les actes de la puissance publique non interdits ni réservés par la Constitution à d'autres pouvoirs. Elle n'admettait qu'une seule Chambre, les Etats généraux, composés de 55 membres nommés par les Etats provinciaux et renouvelable annuellement par tiers ; le quart des sièges devait être attribué aux nobles pour former l'ordre équestre. Il n'est question dans cette Loi fondamentale ni du jury, ni de la responsabilité ministérielle, ni des libertés de presse et d'enseignement. La liberté des cultes est proclamée, mais tous sont placés sous la surveillance du gouvernement et la religion réformée, admise comme religion du prince jouit d'une protection exceptionnelle.

Depuis le 1er Août 1814 jusqu'à la mise en vigueur de la *Loi Fondamentale des Pays-Bas* du 24 Août 1815, Guillaume d'Orange-Nassau fut prince-souverain ; il eut la plénitude des pouvoirs, et rendit de nombreux arrêtés ou décrets, qui par eux-mêmes eurent force de lois. C'est durant cette période, à l'époque des Cent jours, qu'il prit le fameux

Cte Oswald de Kerchove de Denterghem. Les préliminaires de la Révolution Belge (Revue de Belgique, Novembre 1896.)

Prosper Poullet. Les premières années du Royaume des Pays-Bas. (Revue générale, tome LXII).

Palma. Studii sulle Costituzioni moderne, Turin 1892, pages 105 ss.

(2) *V. Pasimonie*, 2e série, t. II, pages 306 ss.

arrêté du 20 Avril 1815 contre les *propagateurs de nouvelles alarmantes et les provocateurs à la dissension et au désordre*. Les peines établies par cet arrêté étaient absolument draconiennes : amende de 100 à 10.000 fr., un à six ans de prison, l'exposition, la dégradation, la marque, etc., sans compter les travaux forcés en cas de sédition. — Les délits étaient jugés par une cour spéciale extraordinaire, dont le gouvernement nommait les membres. Cet arrêté pouvait se justifier comme mesure de circonstance, à raison de l'agitation produite dans le pays par le retour de Napoléon. Mais cet arrêté aurait dû être promptement retiré après Waterloo. Le gouvernement Hollandais le laissa subsister et en fit un abus révoltant. Il s'en servit pour poursuivre les journalistes et quiconque montrait de l'hostilité à la politique royale. L'arrêté de 1815, devenu loi du 6 mars 1818, fut appliqué jusqu'au mois de mai 1829. La seule concession consentie en 1818 fut la suppression de la Cour extraordinaire.

67. Loi Fondamentale.

Le traité de Londres, dit des *Huit articles*, déterminait les conditions de la réunion de la Belgique à la Hollande. Il stipulait: 1° que la réunion des deux pays serait intime et complète, de façon à ne plus former qu'un seul Etat, régi par la Loi fondamentale revisée de commun accord; 2° qu'une absolue égalité serait établie entre les Belges et les Hollandais à tous égards et spécialement au point de vue de la religion, des charges financières et de la représentation nationale. La loi fondamentale Hollandaise revisée par une Commission spéciale, fut soumise, *en Hollande*, à la ratification des Etats généraux, convoqués en nombre double ; *en Belgique*, à la ratification de notables choisis et convoqués par arrondissement, à raison de 1 par 2,000 habitants. Acceptée en Hollande à l'unanimité, elle ne recueillit en Belgique que 527 adhésions sur 1823 votants.

Mais le roi Guillaume compta comme votes approbatifs les abstentions et les votes conditionnels de 126 notables, qui limitaient leur opposition aux articles relatifs au culte.

Il fit remarquer que cette partie de la Constitution n'était pas son œuvre, que ces articles avaient été dictés par le traité de Londres, qu'on ne pouvait y toucher sans remettre en question l'existence même de la monarchie. LA LOI FONDAMENTALE DU 24 AOUT 1815 fut donc sanctionnée et promulguée. Jean-Baptiste Nothomb qualifie ce fait de « faux politique sans précédent dans l'histoire ». D'autres auteurs, M. de Gerlache, par exemple, avouent qu'il eût été difficile au Roi de Hollande d'agir autrement. La Loi fondamentale demeura en vigueur pendant quinze ans, sans protestation, ni réclamation sérieuse du chef de son origine; Guillaume d'Orange se prétendait d'ailleurs souverain de par les traités; il niait la souveraineté nationale et considérait la Loi fondamentale comme librement octroyée par lui (3).

La Loi Fondamentale du 24 Août 1815 établit une monarchie tempérée et représentative avec deux Chambres. La Royauté, dans le système qu'elle adopte, conserve des prérogatives importantes, un rôle prépondérant. A l'inverse de la Constitution Belge, la Loi fondamentale ne limite pas les pouvoirs du Roi à ceux qui lui sont formellement attribués ; se fondant sur la généralité des textes et sur les origines historiques de ses droits de souveraineté, le roi Guillaume ne cessa au contraire de revendiquer tous les droits de la puissance souveraine, que la Loi Fondamentale n'avait ni enlevés, ni restreints. Cette prétention, parfaitement justifiable en Droit positif, était d'autant plus grave que la Loi Fondamentale n'abrogeait pas la législation antérieure et que le Roi, tout en se proclamant inviolable, se raillait de la responsabilité ministérielle. De là, ce scandaleux régime des arrêtés, qui fut l'un des griefs les plus criants de la Révolution Belge, grief dont ils ne cessèrent de se plaindre, parce qu'il leur enlevait toutes garanties en matière de libertés publiques, en matière d'administration locale, en matière même de Droit privé, où l'intervention abusive de la Couronne pénétra par suite du célèbre arrêté de 1822 sur les conflits.

(3) V. Revue générale, tome LXII, page 6.

Dans le système de la Loi Fondamentale, les Etats généraux partagent avec la Couronne le pouvoir législatif ; ils comprennent deux Chambres : la première forme une pairie viagère ; elle comptait de 40 à 60 membres « recrutés par le » roi, dit M. de Gerlache, parmi les fonctionnaires réformés, « surannés et invalides ». Elle n'avait ni le droit d'initiative, ni le droit d'amendement, ni le droit de tenir des séances publiques.

La seconde, renouvelée annuellement par tiers, se composait de 110 membres élus par les Etats provinciaux. Elle avait comme la Couronne l'initiative des lois. Elle sortait malheureusement d'un régime d'élection à multiples degrés, trop compliqué pour ne pas être qualifié de détestable. Les Etats provinciaux, dont elle émanait, se composaient dans chaque province de trois ordres, l'*ordre équestre ou des nobles*, l'*ordre des villes* et l'*ordre des campagnes*, formés de la manière suivante.

L'ordre équestre comprenait un certain nombre des membres élus par les nobles érigés dans chaque province en corporation. L'*ordre des campagnes*, dans lequel dominait l'influence du clergé, se composait de membres élus à deux degrés dans les districts (les arrondissements actuels). Le droit de suffrage dans les campagnes comme dans les villes était assujetti au paiement d'un cens différentiel, variant, suivant les localités, de 13 à 150 florins, et fixé sous approbation royale par les règlements locaux.

Les membres de l'*ordre des villes* étaient nommés par les *conseils de régence* (conseils communaux), lesquels se recrutaient comme suit : les votants du premier degré nommaient au moyen de billets cachetés, signés et recueillis à domicile aux places vacantes dans le corps des électeurs du second degré ; ce corps était convoqué pour pourvoir aux vacances survenues dans le Conseil, mais l'élection n'était faite que par la moitié des électeurs présents, à la suite d'un tirage au sort.

68. Développement de la vie politique. *La Loi fondamentale Hollandaise, il faut le reconnaître, a produit en notre pays certains résultats heureux.* Elle a eu pour effet indéniable et bienfaisant de nous initier à la vie politique. Elle a restauré en Belgique l'autonomie provinciale et communale en rétablissant les Etats provinciaux et les régences locales et en leur attribuant la gestion de multiples intérêts soit régionaux soit communaux. « La Loi » fondamentale, dit M. de Gerlache, était digne de la nation » qui avait conservé jusqu'à l'époque de l'invasion Française » la plus grande somme de libertés locales ». Sous le régime de la Loi fondamentale, observe M. Dumortier, dans son rapport sur la loi communale, le pays jouit d'une parfaite tranquillité pendant l'espace de huit années. La Loi Fondamentale a initié les Belges à la pratique du régime parlementaire, qui n'avait existé que de nom sous la période Française. Les députés aux Etats apprirent à user de la tribune, à discuter les lois, les budgets et les actes du gouvernement. La vie politique de l'époque est l'école où se forment les hommes d'Etat du Congrès. Les abus d'autorité commis par le pouvoir exécutif et ses agents suscitent des études et des travaux importants. *Joseph Lebeau* publie ses *Observations sur le pouvoir royal ;* les discours prononcés aux Etats généraux par les députés Belges éclairent l'opinion et forment les idées politiques dominantes, dont se trouvera imprégnée l'œuvre du Congrès national. Malgré les vices du régime électoral et l'insuffisance des garanties contre l'arbitraire royal, jamais les Belges, déclare M. de Gerlache, n'auraient songé à combattre la Loi fondamentale, si on l'eût sincèrement exécutée.

Avec ses lacunes et ses défauts, elle était l'une des plus libérales des Constitutions de l'Europe, l'une des plus fécondes en garanties protectrices des droits des citoyens. A la veille de la Révolution, les Belges ne demandaient au gouvernement Hollandais que l'exécution loyale de cette charte Ce furent les fautes du Roi et ses abus de pouvoir qui provoquèrent les évènements de 1830.

69. Difficultés de fusion avec la Hollande. La création du royaume des Pays-Bas par la réunion décidée par les Puissances de la Belgique et de la Hollande soulevait des difficultés, des problèmes délicats et redoutables, que les alliés avaient entrevus peut-être, mais qu'ils ne paraissent pas s'être appliqués à résoudre. Les publicistes s'accordent aujourd'hui à signaler les incompatibilités de toutes sortes qui dès l'origine introduisirent dans l'œuvre du Congrès de Vienne des germes de dissolution et de mort (4). « La difficulté principale, écrit Palma (5), était la différence » de nationalité, de langue et de religion. Les Hollandais » sont de race et de langue teutonique, de religion calviniste ; » les Belges comprennent bien quatre septièmes de Flamands, » ayant des affinités avec les Hollandais, mais aussi trois » septièmes de Wallons ou Français, qui prédominent par » l'usage plus général de leur langue et par la supériorité de » leur culture : les uns et les autres professant à peu près tous » la foi catholique.

» Pour comble de difficultés les Hollandais étaient à peine » 2.046.000, les Belges 3.337.000; les uns trop peu nombreux » pour dominer légitimement, les autres trop nombreux pour, » je ne dirais pas se laisser absorber, mais pour se résoudre à » céder aux premiers. Les Hollandais avaient le sentiment de » leur supériorité, qu'ils appuyaient sur leur glorieuse histoire, » sur les origines de leur royaume, sur les qualités de leur » prince ; les Belges plus cultivés et plus nombreux ne pou- » vaient guère reconnaître cette supériorité. Chez eux pré- » valaient les idées et les sentiments soit démocratiques, » soit libéraux, soit cléricaux. La Hollande était un pays de » commerçants et de navigateurs et trouvait sa vie dans la » liberté du commerce ; la Belgique, pays agricole et indus- » triel, croyait avoir besoin de protection contre la concur-

(4) V. les écrits signalés de J. B. Nothomb, du baron de Gerlache, de Palma (Studii, chapitre III), de *Prosper Poullet* (Revue générale, t. LXII, pages 13 ss).

(5) *Studii*, page 110.

» rence étrangère. La Hollande entrait dans l'union avec ses » colonies, mais aussi avec sa dette énorme (deux milliards » de florins), tandis que la Belgique ne devait que trente » deux millions, dont elle s'était endettée sous les Autri- » chiens » (6).

La Révolution belge fut provoquée par des causes aussi nombreuses que diverses: économiques, religieuses, politiques.

L'antagonisme *économique* s'accentua surtout par suite des préférences continuelles accordées par le gouvernement aux sujets hollandais et aux intérêts des provinces septentrionales. La Belgique, malgré le chiffre de sa population, est traitée par la Hollande en province annexée. Les mandats de députés sont répartis par moitié. La langue néerlandaise est exigée des fonctionnaires; les emplois civils et militaires sont prodigués aux Hollandais. Au moment de la Révolution, l'armée ne compte qu'un sixième d'officiers Belges. Le siège des grandes institutions (Cour de cassation, Ecole militaire, Haute cour de justice militaire) est établi à La Haye. La législation est refaite d'après les idées Hollandaises. Le jury est supprimé, la publicité judiciaire presque abolie. Un projet de code pénal est déposé, que l'on qualifie de hideux. La Hollande impose à la Belgique la charge inique de sa dette (deux milliards) et l'accable sous un système d'impôts très impopulaires, surtout par leur mode de recouvrement: l'impôt de mouture sur le pain, l'impôt d'abatage sur la viande. La distinction des budgets en budgets ordinaires votés tous les dix ans et budgets extraordinaires votés chaque année permit fréquemment au gouvernement, par de simples transferts d'un budget à l'autre, d'enlever au pays le contrôle de certaines recettes ou dépenses publiques. Le *Syndicat d'amortissement*, ayant pour succursale à Bruxelles

(6) L'article cité de Prosper Poullet dans la Revue générale (tome LXII) reproduit des dépêches diplomatiques très significatives, relatant dès 1815 l'état de division des esprits et la répugnance des Belges pour la fusion avec la Hollande.

la Société générale néerlandaise pour l'encouragement de l'industrie nationale, se vit attribuer certains revenus de l'Etat à charge de pourvoir à certaines dépenses ; mais ses opérations échappaient au contrôle du public. Des fonds furent employés à subsidier des journaux et à payer une police secrète.

Des *conflits religieux* éclatèrent dès la présentation aux notables de la Loi fondamentale. On sait que l'épiscopat et le clergé Belges y firent une opposition énergique et passionnée tant au nom des principes qu'au nom des traditions nationales. Le roi, mécontent de cette opposition, inspiré d'ailleurs par sa foi calviniste, ne fit rien pour apaiser les scrupules et les défiances. Il inaugura contre l'Eglise une lutte mesquine et déloyale, qui devait fatalement aboutir à lui faire perdre la fidélité des Belges. Il remit en vigueur les *Articles organiques du Concordat* et violenta les catholiques par des mesures arbitraires dans l'exercice des libertés auxquelles ils tenaient le plus. Il institua à Louvain un Collège philosophique, dont il imposa la fréquentation aux futurs séminaristes. Il négocia, en 1827, un Concordat avec Rome ; mais on surprit des circulaires officielles dévoilant la volonté du gouvernement de ne pas exécuter ce Concordat.

A ces causes économiques et religieuses s'ajoutèrent enfin des *griefs politiques*. Les procédés cassants, absolutistes du roi Guillaume ne cessèrent de blesser les Belges, de soulever l'opinion, d'exaspérer les esprits.

Le roi ne comprit jamais son rôle de souverain constitutionnel, ne se prêta jamais à la pratique du régime parlementaire. Il avait, dit *Thonissen*, toutes les prétentions, toutes les jalousies, toutes les exigences et tous les préjugés d'un monarque absolu. Il n'admit jamais la responsabilité ministérielle, ne cessa de se montrer hostile à la publicité des affaires publiques, qui est l'âme du système représentatif. Il n'avait cure de l'opinion, qu'il bravait volontiers. Les réclamations les plus respectueuses et les plus légitimes, dit encore *Thonissen*, étaient à ses yeux des atteintes aux droits

de sa couronne. De là son hostilité à l'égard de la presse : tous les journaux d'opposition furent poursuivis, ils durent cesser de paraître ou de s'occuper de politique. Il fit de son pouvoir réglementaire l'usage le plus abusif. Ce que l'opinion publique appelait le régime des arrêtés fut l'un des griefs les plus sérieux de la Révolution. De nombreux arrêtés furent pris, qu'il n'est guère possible de qualifier autrement que d'excès de pouvoirs. Par arrêté du 5 octobre 1822, Guillaume enleva aux tribunaux le jugement d'une foule de procès civils en restaurant les conflits. En vertu d'un règlement du 19 janvier 1824, il décréta que les conseils de régence des villes se composeraient de membres élus *à vie* par des électeurs désignés pour neuf ans par le corps des votants; les votants (1er degré) ne seraient réunis que *tous les trois ans* pour procéder au renouvellement du tiers des électeurs. Or, les art. 133 et 134 de la Loi fondamentale ordonnaient expressément de faire chaque année des élections au premier et au second degré. En violation de l'art. 197 de cette Loi certains impôts, entre autres l'impôt sur les passages d'eau, furent établis par de simples arrêtés (26 décembre 1825, 5 novembre 1830). Le roi de Hollande laissa à l'état de lettre morte l'inamovibilité de la magistrature, en retardant durant quinze ans l'élaboration d'une loi d'organisation judiciaire.

§ 5. La Révolution Belge. — Le Congrès national. Élaboration de la Constitution (1).

70. Gouvernement provisoire. L'*Union des Belges* de toutes les opinions se constitua dès 1828. Elle prit pour devise : « Liberté en tout et pour tous. » Un vaste pétitionnement s'organisa. La Révolution française de juillet 1830 précipita les événements. Le 25 août, une émeute éclate à Bruxelles. Les

(1) *Bibliographie*. Outre les ouvrages cités en note au début du § précédent, citons :

Leclercq. La vie et l'œuvre du Congrès. Bulletin de l'Académie 1879.

autorités Hollandaises sont débordées. La garde bourgeoise s'organise pour le maintien de l'ordre. Les notables signent une adresse au Roi pour réclamer le *redressement des griefs* et la *convocation des Etats généraux*. La députation envoyée à La Haye ne rapporte que des réponses vagues, qui surexcitent davantage les colères populaires.

Le mouvement s'accentue. On réclame désormais la *séparation administrative* des deux pays. Le Roi convoque pour le 13 septembre les Etats généraux, afin de leur soumettre cette question, mais en même temps il envoie une armée pour réprimer la révolte. Les députés Belges sont insultés à La Haye ; la presse hollandaise injurie journellement les Belges. Le Roi ouvre la session par un discours hautain, dont le texte est brûlé sur la grande place de Bruxelles.

Le 23 septembre, le prince Frédéric pénètre dans le parc de Bruxelles avec 7,000 hommes et en est repoussé. Le sang avait coulé. Désormais le divorce est définitif entre les deux pays. Quand le 28 septembre, les Etats généraux *votèrent la séparation administrative des deux pays*, un *Gouvernement provisoire* s'était installé depuis deux jours déjà à l'hôtel-de-ville de Bruxelles. Quatre jours après, le 4 octobre, ce Gouvernement *proclamait l'indépendance de la Belgique.*

Formé dès le 24 septembre, le Gouvernement provisoire exerce, depuis cette date et jusqu'à la réunion du Congrès (10 novembre), la plénitude de la souveraineté, une sorte d'autorité dictatoriale. Il rend des décrets obligatoires, accorde des naturalisations, abroge ou modifie des lois. Il s'empresse de remédier par des arrêtés successifs aux abus les plus criants du régime hollandais. Il rétablit la publicité des débats judiciaires, supprime le serment exigé en matière de déclaration de succession, abolit l'impôt d'abatage, la bastonnade, la haute police et les directions de police. Il pro-

Th. Juste, **Histoire du Congrès national.**

Huyttens. **Discussions du Congrès national.**

Abbé de Lannoy. **Les Origines diplomatiques de l'indépendance Belge. Louvain. Peeters,**

clame la liberté des opinions et des cultes, la liberté de la parole et de la presse, la liberté d'enseignement et la liberté d'association, et *déclare abrogées* toutes dispositions qui entravaient ces libertés.

Le Gouvernement provisoire prononce la dissolution des Régences communales et ordonne leur recomposition. Les bourgmestres, échevins et conseillers communaux sont dans chaque commune élus *directement* par les notables, qualité reconnue aux citoyens payant un certain cens ou exerçant une profession libérale.

71. Le Congrès national. L'un des membres du Gouvernement provisoire, M. de Potter, aurait voulu que ce gouvernement rédigeât une Constitution et la soumît directement à la ratification du corps électoral. Tout au moins eût-il désiré que le choix de la forme du gouvernement fût confié au peuple. Ses collègues furent d'un autre avis. Ils décidèrent la convocation, sous le nom de *Congrès national*, d'une assemblée constituante ; et, dans le but de faciliter ses travaux, ordonnèrent la préparation d'un projet de Constitution. Ils nommèrent, dans ce but, une Commission qui eut pour président M. de Gerlache, pour secrétaire, M. J.-B. Nothomb; MM. Devaux, Lebeau, Van Meenen, Tielemans et de Brouckere en firent partie. Leur projet, rédigé en quinze jours, se ralliait à la monarchie constitutionnelle et proposait l'institution d'une chambre de pairs désignés héréditairement ou nommés à vie par le Roi.

L'arrêté du *Gouvernement provisoire* du 10 octobre 1830 décrétait la réunion d'un Congrès national de 200 membres, nommés par voie d'*élection directe* : les ordres et les degrés disparurent donc. Mais il était impossible d'improviser une loi électorale ; le régime électoral existant fut maintenu ; le droit de suffrage demeura assujetti en principe au paiement d'un cens, dont les règlements déterminaient le taux Ce taux était différentiel ; il variait de 13 florins à 150.

Cependant, à la suite de nombreuses réclamations, le *Gouvernement provisoire*, par arrêté du 16 octobre, décréta la réduction de moitié du cens exigé dans les campagnes. A ces électeurs censitaires, l'arrêté du 10 octobre adjoignit : 1° les magistrats, avoués, avocats ; 2° les ministres des cultes ; 3° les officiers depuis le grade de capitaine ; 4° les porteurs d'un diplôme de docteur. Il y eut environ 46,000 électeurs, dont un sixième à peu près sans condition de cens. Les élections eurent lieu par districts administratifs. Chaque district eut à élire un certain nombre de députés, ainsi qu'un certain nombre de suppléants.

Le Congrès national se réunit à Bruxelles, le 10 novembre 1830. Le gouvernement provisoire vint déposer ses pouvoirs entre ses mains, mais le Congrès l'invita à conserver l'autorité exécutive. Depuis la réunion du Congrès, 10 novembre 1830, jusqu'à l'entrée en fonctions du Régent (26 février 1831), le gouvernement provisoire reste donc investi du pouvoir exécutif. Ses arrêtés n'ont plus force de lois. Cependant, la compétence respective des deux autorités n'étant pas définie, il faut reconnaître au gouvernement provisoire, même durant cette période, une compétence fort étendue.

72. Esprit du Congrès. Le programme politique du Congrès peut se résumer en cette courte formule : Liberté en tout et pour tous, soustraite aux atteintes du pouvoir par de fortes garanties. Cette formule était la *devise du parti national* Unioniste, composé de citoyens professant les opinions les plus divergentes, de catholiques comme M. de *Gerlache*, de libéraux tels que MM. J.-B. *Nothomb* et *Van Meenen*. Il y eut cependant au Congrès une infime *minorité*, ayant pour chef M. Defacqz, qui en maintes circonstances et par hostilité au catholicisme, voulut s'opposer à la réalisation de ce programme large et généreux. Mais la foi en la liberté pour tous animait la presque unanimité des membres du Congrès : cette foi fut l'inspiratrice de toutes les décisions, de tous les votes. Aussi, faut-il admettre comme règle d'interprétation

pratique la nécessité, dans toute controverse où se trouvent impliqués les droits de l'autorité et ceux de la liberté, de se prononcer toujours en faveur de celle-ci, et contre le pouvoir.

Il n'est pas inutile de faire remarquer l'esprit pratique des membres du Congrès, leur dédain des phrases et des formules vides, leur préoccupation constante de trouver et d'établir des garanties réelles et efficaces. « A la différence » des Constitutions de la France, disait M. Macors, (2) la » Constitution Belge se distingue par un caractère éminem» ment pratique. Elle ne renferme ni définitions théoriques » ni déclamations philosophiques ; *on dirait que ses auteurs » se sont inspirés de l'esprit des rédacteurs du Code civil.* » Aussi, est-il impossible d'y voir l'expression d'une doctrine, d'ériger ses dispositions en vérités éternelles. *La Constitution Belge est une œuvre de bon sens* PRATIQUE, de modération et de tolérance. « La Constitution de 1831, dit J.-B. No» thomb, *expression d'un état social*, n'a été *ni une théorie » philosophique*, ni le manifeste d'un parti triomphant. » C'est pour cela qu'elle a duré. C'est une transaction, qui » prenant en considération les mœurs, les croyances, les » préjugés même, a donné satisfaction à des tendances mul» tiples dans l'espoir que, grâce à une entière liberté indi» viduelle, chacun saurait se faire paisiblement sa place. Il » n'y a eu de dupes que ceux qui auraient voulu une supré» matie exclusive et une lutte perpétuelle. »

73. Constitution Belge. Le Congrès, comme toute assemblée délibérante, se donna un *règlement*. Il se divisa en dix sections. Chacune des dix sections délibérait séparément et nommait son rapporteur. Les rapporteurs des dix sections constituaient la section centrale, *laquelle à son tour nommait son rapporteur.*

Les projets de Constitution passèrent donc par les dix

(2) Professeur de Droit public à l'Université de Liége. — Cours manuscrit de 1860.

sections et par la section centrale avant d'être soumis à la discussion et au vote publics.

Le Congrès fut mis en présence de trois projets de Constitution (3).

Le *premier* est celui qu'avait élaboré la Commission nommée par le Gouvernement provisoire.

Le *second projet* émanait de l'initiative de certains membres du Congrès : MM. Forgeur, Liedts, Fleussu, Barbanson. Il n'établissait qu'une seule Chambre et n'accordait au chef de l'Etat qu'un simple vote suspensif.

Le *troisième projet* sortit des délibérations de la section centrale.

La Constitution fut terminée et solennellement sanctionnée par le Congrès, le 7 février 1831. Le lendemain, le Congrès décréta qu'elle serait immédiatement promulguée c'est-à-dire publiée et deviendrait de plein droit obligatoire dix jours après la dissolution du Congrès. Il espérait en ce moment que le duc de Nemours accepterait la couronne de Belgique, qu'on lui offrait, qu'il prêterait immédiatement serment et que ce jour-là l'assemblée se dissoudrait. La Couronne fut refusée par le duc de Nemours, ou plutôt par le roi Louis-Philippe, dans l'intérêt de la paix européenne. Le Congrès dut se résigner à considérer le trône comme vacant et à nommer un Régent.

C'est par décret du 21 février que M. de Surlet fut désigné. Ce même décret déclara que la Constitution deviendrait obligatoire le jour où le Régent prendrait le pouvoir. Le Régent fut installé le 26 février 1831. C'est donc à partir de cette date que la Constitution est entrée en vigueur.

(3) Outre la Constitution, qui fut son œuvre principale, le Congrès ne porta pas moins de *65 décrets*. Les uns sont purement *législatifs ;* tels sont : le décret sur la presse, le décret sur le jury, le décret organique de la cour des comptes, le décret organique du régime électoral. Les autres, au nombre de trois seulement, sont *constitutionnels* de par déclaration expresse du Congrès lui-même. Ce sont : le décret d'indépendance, le décret d'exclusion des Nassau, et le décret concernant la forme de gouvernement. Il en sera question plus loin.

Elle fut complétée par décret du 4 juin par les articles 60 et 61 déférant la Couronne héréditaire au prince Léopold de Saxe-Cobourg. Le Congrès se sépara le 21 juillet 1831, après avoir reçu la prestation de serment du premier roi des Belges.

C'est donc à cette date que cessèrent les pouvoirs du Régent, M. Surlet de Chokier, en fonctions depuis le 26 février 1831. Il avait exercé durant cette période toutes les attributions royales, telles qu'elles sont réglées par la Constitution, mais avec le concours du Congrès national remplaçant les deux Chambres et possédant seules le pouvoir constituant et le pouvoir législatif; le décret du 24 février accordait pourtant au Régent et à ses ministres l'initiative des lois (4).

§ 7. La Révision constitutionnelle. (1)

74. Résumé d'histoire parlementaire. L'histoire politique de la Belgique indépendante peut se diviser en trois périodes : la *période d'union*, qui va de 1831 à 1846 ; la *période censitaire et libérale* qui se prolonge jusqu'en 1884 ; la *période démocratique*, caractérisée par le développement de la législation sociale et par la chute du régime censitaire. Préparée depuis vingt-cinq ans, sans cesse et malheureusement ajour-

(4) Les discussions du Congrès national étaient recueillies non pas par des sténographes, mais par des *tachigraphes*. Leur travail était publié au début dans l'*Union Belge* et l'*Indépendant*. Il fut publié ensuite dans le *Moniteur*, fondé au mois de juin 1831.

Ces discussions ont été réunies et coordonnées en 1844, par le baron *Huyttens de Terbecq*, ancien secrétaire de J.-B. Nothomb et greffier de la Chambre. Son œuvre, en six volumes, a pour titre : *Discussions du Congrès national.* Un excellent résumé des travaux du Congrès relatifs à l'élaboration de la Constitution a été publié en 1844 par un anonyme (M. Van Overloop) sous le titre : *Exposé des motifs de la Constitution Belge.*

(1) *Bibliographie.* Outre les travaux préparatoires, que l'on trouvera dans les *Annales* et *Documents parlementaires*, signalons : *Félix de Breux* (baron de Haulleville) : Questions constitutionnelles et sociales ; *G. de Greef* : La Constituante et le Régime représentatif ; *E. Banning* : La Révision, Les délibérations de la Société d'études sociales et politiques, publiées en deux

née, la révision constitutionnelle n'eut chance de succès que le jour, où le parti catholique s'y rallia, pour empêcher qu'elle ne devînt pour l'opposition irrémédiablement divisée un drapeau d'union et de victoire.

Au point de vue du Droit constitutionnel, les deux premières périodes n'offrent à étudier que la mise en pratique des institutions établies par le Congrès national, que les interprétations diverses auxquelles certains textes donnèrent lieu sous l'influence des luttes politiques et le développement de la législation sur la base des principes inscrits dans la Constitution et dans le cadre fixé par elle. D'éminents publicistes, *Thonissen* (2), *Vandenpeereboom* (3), *de Laveleye* (4), ont écrit des pages intéressantes sur le fonctionnement en Belgique des institutions représentatives et parlementaires et sur nos guerres de partis. Il convient au surplus de recourir aux discours et aux travaux parlementaires, si l'on veut se rendre compte pratiquement des règles de notre Droit public, juger nos institutions et nos hommes d'Etat, apprécier la portée des textes et connaître les bases constitutionnelles de nos lois. Rappelons à ce propos que les travaux et discussions des deux Chambres figurèrent d'abord au *Moniteur*, fondé en 1831 ; les *Annales parlementaires* ne commencèrent à paraître qu'au début de la session 1844-1845.

brochures sous le titre : *La Révision de la Constitution belge* ; *Frère-Orban :* La Révision constitutionnelle en Belgique et ses conséquences ; *Van den Heuvel :* La Révision de la Constitution Belge ; *L. Arnaud :* La Révision Belge, Paris 1894 ; *Thiebauld et Henry :* Commentaire des articles revisés de la Constitution Belge, 1894 ; *G. Beltjens* : La Constitution Belge révisée, 1894. *Vauthier :* The new Belgian Constitution — dans la Revue *Political Science Quaterly*, volume IX, p. 704 ss.

(2) La Belgique sous le règne de Léopold Ier.

(3) Du gouvernement représentatif en Belgique.

(4) V. surtout son dernier ouvrage : Le gouvernement de la Démocratie.

75. Historique de la Révision. Ce fut au mois de novembre 1870 que la proposition de réviser la Constitution fut présentée pour la première fois, et sans succès. Elle fut vainement renouvelée en 1883 et en 1887. La proposition faite le 27 novembre 1890 par M. Janson, député de Bruxelles, de réviser les articles 47, 53 et 56 de la Constitution devait aboutir, le gouvernement d'alors ayant à sa tête M. Beernaert, y étant favorable.

La procédure fut longue et laborieuse. Il ne peut être question d'en rappeler ici les détails et les péripéties. Rappelons seulement que le 30 mars 1891, le chef du cabinet, dans une lettre portant sa seule signature (5) indiquait ses vues sur l'œuvre à accomplir : adoption d'un régime électoral ayant pour bases l'*occupation* et la *représentation proportionnelle*; élection indirecte des sénateurs comme en Hollande et comme en France ; *referendum* royal. — Les délibérations de la Section centrale de la Chambre aboutirent, au mois d'octobre 1891, à la rédaction par M. de *Smedt de Naeyer*, d'un rapport très étudié et très documenté (6).

De solennels débats s'ouvrirent le 26 avril 1892 sur la proposition de M. Janson et sur un projet du gouvernement, proposant la revision de 10 articles. Il y eut conflit entre la Chambre et le Sénat sur l'art. 48, à propos de la représentation proportionnelle. L'on aboutit enfin à *douze déclarations de révision* concernant les articles 1, 26, 36, 47, 48, 52, 53, 54, 56, 58, 60 et 61 de la Constitution, déclarations qui furent sanctionnées pas le Roi et publiées au *Moniteur* des 23 et 24 Mai 1892. Les élections générales qui en furent la conséquence eurent lieu au mois de Juin : elles ne donnèrent pas au parti au pouvoir la majorité des

(5) V. Beltjens, page 9. (6) Ce rapport est suivi d'une Note de la minorité, d'observations en réponse, et d'une réplique insérée seulement dans les documents de 1892-1893 (p. 117) sous la signature de MM. *Frère-Orban* et *Sainctelette*.

deux tiers requise pour lui permettre de réaliser seul l'œuvre de révision.

Les deux Chambres renouvelées commencèrent par nommer chacune une Commission extraordinaire de *XXI* membres, chargée de recevoir et de discuter les propositions. Celles-ci furent très nombreuses, surtout celles relatives au droit de suffrage et à la formation du Sénat. Le gouvernement fit connaître ses vues le 31 Décembre 1892 (7) : les débats ne commencèrent que le 28 Février 1893. Fin Mars, l'accord nécessaire des partis ne paraissait pas en voie de se réaliser ; pourtant le 29, vingt-six membres du parti radical firent une déclaration indiquant comme base de transactions le suffrage universel avec vote plural des chefs de famille. Les 11 et 12 avril, quinze propositions relatives à l'art. 47 furent repoussées ou retirées. Enfin, le 18 avril 1893, tandis que dans le pays, à Bruxelles spécialement, régnait la plus vive agitation, la Chambre des Représentants à la presque unanimité vota la proposition de M. Nyssens, qui devint l'art. 47 nouveau. Ce vote mémorable fut ratifié au Sénat le 27 avril 1893, par 52 voix contre 1 et 14 abstentions.

La dernière période de l'histoire parlementaire de la revision constitutionnelle se prolongea jusqu'au 2 septembre 1893. Elle fut consacrée à l'examen des onze autres déclarations de revision. Les discussions portèrent surtout sur la réorganisation du Sénat, laquelle donna lieu entre les deux Chambres à des conflits, qui rendirent impossible une réforme complète et sérieuse. L'on réussit pourtant à faire adjoindre aux sénateurs à cens nommés directement, un certain nombre de sénateurs choisis librement par les conseils provinciaux.

Bref, des douze articles soumis à révision, un seul, l'art. 26, demeura intact, le gouvernement ayant renoncé à sa proposition de *referendum* royal.

Les onze autres furent modifiés et remplacés par douze

(7) Lettre de M. Beernaert, dans Beltjens, page 18.

articles nouveaux; l'ancien art. 56 a fait place aux articles actuellement numérotés 56 et 56 bis.

76. Portée démocratique de la Révision. Telle fut la révision envisagée dans ses formes externes. Si on en considère le fond, l'objet essentiel, l'on verra qu'elle se résume en un fait unique : le déplacement de la souveraineté, la substitution aux 130,000 électeurs d'autrefois de près d'un million et demi d'électeurs nouveaux, en un mot, la fin de l'oligarchie censitaire et le triomphe de cette démocratie, dont *Cherbuliez* disait en 1883 : « La démocratie n'est pas une théorie ni une institu- » tion qu'on établit et qu'on renverse, c'est un état de la » société sorti de l'histoire des peuples et de la nature des » choses, la conséquence d'un développement industriel et » intellectuel qui, en donnant aux masses la conscience de » leur force, leur a appris en même temps à s'en servir. Elle » est en train de faire le tour du monde, elle passera certai- » nement par Bruxelles » (8).

Cette transformation radicale et profonde, accomplie paisiblement (9), sans même provoquer une crise ministérielle, ouvre une ère nouvelle dans l'histoire de nos institutions. La pierre vermoulue, (on appelait ainsi l'ancien article 47 de la Constitution), a-t-elle été remplacée par une pierre de sable ou de granit ? L'avènement du suffrage universel se concilie-t-il avec le maintien du régime fondé par le Congrès ? Ne va-t-il pas déranger le fonctionnement traditionnel et normal du mécanisme parlementaire ? L'esprit nouveau qui a triomphé avec le suffrage universel et qui, grâce à lui, prédomine, n'amènera-t-il pas des transformations dans nos mœurs politiques, dans nos lois, dans nos institutions ? Des garanties nouvelles, des moyens nouveaux d'endiguement ne devront-ils pas être adoptés pour contenir les flots de la

(8) Citation dans le *Correspondant* du 25 Aout 1899, page 677.

(9) Nous maintenons cette appréciation : nous ne croyons pas aux émeutes, ni aux manifestations tapageuses organisées.... à jour fixe, uniquement pour faire croire aux naïfs que la rue impose sa volonté aux parlements.

Démocratie et leur donner un cours régulier ? Ces problèmes se posent désormais et pourraient aboutir quelque jour à des solutions, qui sans détruire ni dénaturer, croyons-nous, l'œuvre constitutionnelle du Congrès. la compléteraient et la transformeraient encore d'une manière sensible. « Les » œuvres des hommes n'ont qu'un temps, disait le roi » Léopold II devant les Chambres en ouvrant le 8 Novembre » 1892 la session ordinaire ; les institutions doivent être ap- » propriées au milieu qu'elles régissent, et, grâce aux progrès » accomplis, nos institutions libérales peuvent être amélio- » rées et rajeunies ».

Nous n'éprouvons à cet égard aucune alarme. Le perpétuel devenir, où se trouvent entraînés les régimes politiques, n'inquiète point notre optimisme, n'ébranle point notre foi dans les ressources de vie, de sagesse et de progrès qu'offre la nation Belge, notre confiance en la perfectibilité, en l'inaltérable jeunesse de notre belle Constitution.

PREMIÈRE PARTIE

—o—

LES THÉORIES FONDAMENTALES



Considérations et définitions préliminaires.

77. Ordre rationnel des matières. Le droit constitutionnel (1) ne peut être traité scientifiquement qu'en le rattachant à des généralités, qu'en lui donnant pour fondement ou pour cadre des principes généraux. L'exposé, au moins sommaire, de ces principes doit dominer l'explication des textes et la description des institutions.

C'est à l'étude des théories fondamentales concernant la société politique, les droits des individus, l'Etat, sa nature, ses pouvoirs et ses formes, que cette première partie sera consacrée. Elle contiendra un résumé des principales matières, dont l'ensemble forme cette science spéciale que cultivent les écrivains sous les noms variés (2) de *Théorie générale de l'Etat* (Bluntschli), *de Science constitutionnelle* (Romagnosi-Hello), de *Droit public général* (Bluntschli-Orlando), de *Science politique* (Hollzendorff- Bluntschli-R. Moll-Sidgwick).

(1) V. le numéro 7.

(2) V, ci-dessus n° 14.

Nous traiterons, ces matières suivant un ordre rationnel et méthodique, en nous conformant au sommaire que voici :

Chapitre I. La Société politique ou l'Etat (sensu lato).

Chapitre II. Les Droits individuels.

Chapitre III. L'Etat-pouvoir ou l'Etat (sensu stricto)

Chapitre IV. La théories des constitutions écrites.

Chapitre V. La théorie des pouvoirs.

Chapitre VI. Les formes politiques.

78. Ordre suivi par la Constitution.

Cet ordre n'est pas celui de la Constitution. Celle-ci, en souvenir sans doute des droits de l'homme et des principes de 89, place presqu'en tête de ses dispositions les textes définissant le régime des libertés politiques, matière exclue en Allemagne et en Angleterre des traités de Droit constitutionnel.

Les dispositions subséquentes règlent la forme du gouvernement, organisent la représentation nationale, et consacrent l'application des principes de décentralisation et de séparation des pouvoirs.

Le pouvoir constituant, — dont l'existence se rattache au principe des constitutions écrites — ne trouve son organisation que dans l'un des derniers articles, l'art. 131. Il est bien certain pourtant, que le régime des libertés publiques doit venir à la fin; car il touche à la compétence des pouvoirs et présuppose réalisé et connu leur établissement; les pouvoirs d'abord, les garanties prises contre eux, ensuite.

79. Ordre chronologique.

Il n'est pas non plus sans intérêt d'ajouter que l'ordre des matières que nous proposons, s'il satisfait aux nécessités d'un bon exposé rationnel et méthodique, ne coïncide nullement avec la succession des problèmes, dans l'ordre historique où ils ont surgi.

Pour rappeler cette succession, il n'est pas nécessaire de refaire l'histoire du monde : il suffira d'indiquer sommairement les grandes étapes du progrès politique, les grandes phases chronologiques de l'évolution de l'Etat.

Inutile de rechercher les circonstances qui, dans la nuit des âges, ont, pour la première fois, préposé un homme au gouvernement d'un peuple. Les temps historiques nous montrent les agents les plus divers intervenant dans l'établissement du pouvoir : la violence, les bienfaits, le développement de l'autorité familiale, l'accord des volontés. — En tout cas, l'Etat primitif apparaît sous la forme monarchique, et l'on ne trouve nulle part, au début, un pouvoir restreint et limité. Mais le pouvoir absolu exercé par un seul ne tarde pas à être disputé et enlevé aux rois par des minorités, qui plus tard en sont dépouillées à leur tour par des majorités de citoyens. L'antiquité a vu, d'innombrables fois, les formes monarchiques, aristocratiques et démocratiques se succéder tour à tour. Aristote a pu dans sa *Politique* analyser scientifiquement cette succession des régimes et constituer la théorie des révolutions. — Le monde païen n'est pas allé au delà.

Le Moyen âge chrétien vient contribuer à la formation de l'Etat moderne par l'apport de deux éléments distincts, mais connexes : la *décentralisation* et le système *représentatif.* Malgré l'éclat temporaire du régime municipal Romain, il est certain que nos libertés comunales n'en dérivent guère. C'est dans les âges et en pays chrétiens qu'apparaît cette décentralisation merveilleuse, caractérisée par l'épanouissement de la vie publique dans ces riches et puissantes communes d'autrefois, qui remplirent le monde de leurs noms, de leur splendeur et de leur glorieuse histoire.

La démocratie la plus large de l'antiquité ne fut jamais qu'une étroite oligarchie, que la domination d'une minorité turbulente sur une majorité tyrannisée, réduite à l'esclavage. Il appartenait au Moyen âge de résoudre le problème de la souveraineté par la découverte d'une forme nouvelle : la *démocratie indirecte* ou *représentative,* appelant à l'exercice de la puissance publique les représentants du peuple tout entier. — La décentralisation conduisit à ce système en le rendant nécessaire : la puissance des communes contribua à

le faire prévaloir et se répandre. — Les institutions représentatives firent partout leur apparition ; mais, contrariées sur le continent par la restauration du néo-césarisme, elles ne trouvèrent qu'en Angleterre, pour se développer, un sol rendu favorable par la décentralisation : c'est là qu'elles prirent leur essor.

L'époque moderne voit se constituer l'Etat sur des bases plus unitaires, au détriment, dans beaucoup de pays, de cette décentralisation féconde. Mais d'autres progrès font leur apparition dans les écrits des publicistes et bientôt dans les faits. Le premier progrès notable est lié au nom de Montesquieu : *c'est la séparation des pouvoirs.* L'antiquité et le Moyen-âge n'avaient guère compris que la nécessité d'assurer aux juges une pleiné indépendance;avec Montesquieu, le principe s'élargit, se généralise : c'est non seulement à la justice, mais aux diverses branches de la puissance publique, qu'il faut assurer l'autonomie; elles forment, réunies, un faisceau redoutable pour la liberté des citoyens.

La thèse de l'Etat de nature et du contrat social qui triomphe au XVIII[e] siècle fait éclore deux théories nouvelles, qui, détachées aujourd'hui de cette double base chimérique, ont pris place dans le droit public: C'est, d'une part, la *Théorie des Constitutions écrites*; d'autre part la *Théorie des garanties individuelles* ou des*Immunités constitutionnelles (issue de la théorie des droits de l'homme).*

Une question nouvelle vient de surgir: elle se rattache au développement du principe de *séparation ou d'indépendance* des pouvoirs. C'est la question de la définition exacte et de l'indépendance du pouvoir administratif, qui aspire à prendre rang à côté des trois pouvoirs classiques.

Mais le problème de l'organisation de la souveraineté dite nationale, identique au fond à celui des formes de gouvernement, conserve toute son importance scientifique et pratique. Aujourd'hui, que domine presque partout le suffrage plus ou moins généralisé, ce problème a pris une forme nouvelle : l'on discute moins la question de l'extension de l'élec-

torat ; l'on se préoccupe plutôt de l'organisation ou de la réglementation à donner au suffrage universel (Représentation des intérêts. — Représentation proportionnelle), ainsi que des droits nouveaux, qu'il pourrait être utile d'accorder aux électeurs (*initiative — referendum*).

Telle est, *dans l'ordre chronologique*, la série des problèmes, que l'évolution des institutions et des doctrines politiques a fait surgir.

C'est surtout de la *nature et de la personnalité de l'Etat*, que les théoriciens de la science constitutionnelle se préoccupent à l'heure présente.

Dès le début de nos théories sur *l'Etat*, nous allons nous trouver en face de ce problème, l'un des plus graves de la philosophie juridique.

80. Terminologie à fixer.

Insistons sur la nécessité d'adopter une *terminologie* sévère, des définitions rigoureuses, des notions exactes, auxquelles il sera de notre devoir par la suite de nous attacher fidèlement. Ceci est peut-être la partie la plus ardue de notre tâche. — Innombrables sont les publicistes (3) qui dans tous les pays, ont signalé la nécessité d'analyser et de redresser les idées courantes, de préciser les notions, de s'entendre sur les termes.

Les mots *Etat, souveraineté, gouvernement*, ne se rencontrent-ils pas, à tout instant, employés avec les significations les plus diverses et les plus vagues ?

N'est-ce pas ce manque de précision dans les termes et de netteté dans les notions qui a jusqu'ici empêché le Droit public de se constituer en un ensemble coordonné et systématique, comme le Droit civil ?

(3). *Summer Maine*. Essais sur le gouvernement populaire. — Paris 1887, p. 88. —
Lucien Brun. Introduction à l'étude du Droit. — *Marquis de Vareilles-Sommières*. Principes fondamentaux du Droit. Préface — *Van den heuvel* Revue générale Novembre 1884 p. 747. — *Orlando*, Principii di diritto costituzionale, p. 7 ss, et les citations de *Gerber* et de *Stein*.

Ce chapitre est intitulé : *la Société politique;* cette expression mérite donc d'abord d'être expliquée en elle-même, et dans les termes qui la composent. Nous tenterons de le faire.

81. Société

En droit civil, comme en Droit commercial, le mot société désigne un *contrat* ayant pour objet la mise en commun par plusieurs personnes, dans un *but lucratif*, de valeurs ou d'apports appréciables. — Le même mot sert à désigner, par extension, l'être juridique ainsi formé, s'il s'agit d'une société commerciale (4), et, s'il s'agit d'une société civile, l'ensemble des associés considérés comme tels, et dont on fait métaphoriquement, par lapensée, une personne morale.

Dans la langue de la philosophie et du droit public, le mot société a une signification beaucoup large, Il s'étend à toutes les associations et communautés, grandes ou petites, réunissant ou non les conditions exigées par les Codes civil et de commerce, peu importent leur forme et leur origine, pourvu que s'y rencontrent les éléments suivants : pluralité de personnes, but commun, apports réciproques, ou moyens mis par chacun au service de tous. (5).

82. Sociétés volontaires et sociétés nécessaires.

Nous indiquerons plus tard, en parlant de la liberté d'association, les multiples variétés, les formes diverses sous lesquelles elle peut s'exercer.

Bornons nous à rappeler ici l'essentielle distinction que le Droit naturel commande d'établir entre les sociétés volontaires et les sociétés nécessaires.

Les sociétés ou associations *volontaires* ou *conventionnelles* sont les produits accidentels et variables de la civilisation : telles sont les sociétés de commerce, de charité, d'agrément. L'humanité n'est pas, d'une manière universelle et permanen-

(4). C'est du moins la théorie généralement enseignée ; en Belgique elle est consacrée par nos lois.

(5) Vareilles Sommières.—Principes, aussi I, page 48. — Apports ou moyens quelconques, matériels ou immatériels. *Loomans* (Droit naturel manuscrit) définissait la société un ensemble d'êtres personnels et physiques conçus dans des rapports d'intelligence et de volonté pour quelque but à atteindre.

te, assujettie à ces modes libres de groupement; mais elle se rencontre partout sous formes de familles, de communes, d'Etats, de Sociétés religieuses: ces formes sont pour l'humanité des modes d'existence généraux, permanents, en même temps que des causes de solidarité et de continuité sociales. Bien que certains individus peuvent s'en détacher, en être privés ou exclus, l'humanité ne saurait se passer de ces groupements naturels. Ce sont là des *sociétés nécessaires*, ayant leur raison d'être dans la nature humaine, et spécialement dans un but de la nature commun à tous leurs membres, états indestructibles, qui, à tout instant, s'établissent et se maintiennent dans l'humanité, et sont régis non pas comme les sociétés volontaires, par la volonté des parties, qui en fait la loi et qui peut les défaire, mais par des lois naturelles, qui s'imposent aux volontés et ne leur permettent pas de les dissoudre. Telles sont: la famille, même par rapport aux époux, qui pourtant s'unissent par contrat; la commune ou agglomération locale, l'Etat, la Société internationale, et même la Société religieuse. —V. *Ch. Loomans* : *Les sociétés nécessaires.*

83. Société universelle, internationale, civile. L'humanité, prise dans son ensemble, forme une vaste communauté, qu'on peut appeler Société humaine, ou *Société universelle* (*Societas generis humani*). Considérée comme ensemble de peuples ou d'Etats, elle constitue encore une Société: la *Société internationale* (*Societas gentium*).

Si, dans chaque pays, l'on considère la société des hommes en dehors de toute organisation politique, abstraction faite de l'existence du pouvoir et des relations des citoyens avec lui, pour s'attacher plutôt aux autres rapports produits par la coexistence des individus, des familles, des groupes, c'est l'expression *société civile* que l'on emploiera.

La société civile, ainsi comprise, ou la Société simplement, c'est, dans chaque pays, l'ensemble des individus et des

groupes, c'est le peuple en un mot (6), par opposition au gouvernement, aux autorités qui le dirigent.

84. Société politique. L'expression *société politique*, au contraire, implique étymologiquement une allusion directe à l'Etat (*πολις*), à une organisation régulière. En dépit des tolérances du langage, il faut donc répudier toute synonymie entre les expressions *société civile* et *société politique*. La société politique, c'est la société civile juridiquement ou politiquement organisée, érigée en Etat (7). Il y a bien, si l'on veut, identité matérielle entre la Société civile et la Société politique ; les concepts ont la même extension ; mais leurs compréhensions diffèrent. Il y a, entre la Société civile et la Société politique, une différence de qualité ; celle-ci représente une étape franchie, un développement, un progrès atteint par celle-là (8).

La Société politique c'est l'Etat, mais l'Etat (*sensu lato*) pris dans son acception la plus vaste et la plus complexe. Ici encore nous devons préciser, car nous sommes en présence d'un terme dont les significations sont multiples.

85. Significations du mot Etat. Sans parler des significations exceptionnelles que certains auteurs (9) se sont plu à donner au mot Etat, sans nous arrêter à l'emploi de ce terme au Moyen-Age pour désigner, dans divers pays, les Ordres composant les assemblées représentatives (Etat noble — Etat clerc — Tiers-Etat), il convient de signaler, au moins, les trois principales significations que le mot Etat continue usuellement de recevoir.

(6) Nous ne parlerons pas ici de l'expression *société civile*, employée dans le sens de société laïque, opposée à la société religieuse ou Eglise.

(7) Orlando, n[os] 4, 5 et 18. — *Bluntschli* I, page 92.

(8) Orlando, loco citato.

(9) Ainsi Burgess identifie l'Etat et le pouvoir constituant (Political science and comparative constitutional Law.).

La plus étroite et la plus rare est celle de territoire, de pays (Land). Dans l'antiquité déjà, les termes *πολις* en Grèce, *civitas* à Rome, étaient pris parfois dans le sens de territoire, siège de l'Etat.

La signification la plus fréquente, peut-être, du terme paraît être celle de pouvoir, d'autorité préposée à la direction de la société politique ; dans cette acception restreinte, l'Etat c'est la personne souveraine, physique ou morale (10) mise à la tête de la société juridiquement organisée. C'est dans ce sens précis et d'usage général, que nous emploierons presque toujours le mot.

Enfin, il est une troisième signification plus large mais non moins reçue, du terme Etat : c'est celle de société politique, de nation indépendante, juridiquement organisée et considérée dans l'ensemble de ses éléments constitutifs. C'est de l'Etat ainsi compris, de la Société politique considérée dans sa structure et sa composition générale, que nous nous occuperons exclusivement dans le chapitre I.

---

(10) Nous nous expliquerons plus tard à ce sujet.

CHAPITRE I.

LA SOCIÉTÉ POLITIQUE OU L'ÉTAT

(*SENSU LATO*) (1)

SOMMAIRE : § 1. **Le concept de l'Etat** (*sensu lato*). — § 2. **Origine et formation de l'Etat** (*sensu lato*). — § 3. **L'idée de l'Etat** (*sensu LATO*).

---

§ 1. Le concept de l'Etat *(Sensu lato)*.

86. Définition. Eléments constitutifs. Observez les Etats qui existent dans le monde ; fouillez l'histoire des nombreux Etats disparus, et rendez-vous compte de ce qu'ils ont été. Dans tous, présents ou passés, grands ou petits, apparaîtront certains traits, certains éléments communs, aisés à découvrir à travers l'infinie diversité des origines, des institutions, des formes, des événements historiques. Ces traits communs caractérisent donc l'Etat, pris en général ; il suffit de les noter et de les grouper pour arriver au *concept* que nous cherchons, à la définition de la Société politique. Les éléments essentiels, auxquels nous faisons allusion, sont, croyons-

(1) *Aristote*, La Politique. *Van der Rest*, Platon et Aristote (thèse). *Paul Janet*, Histoire de la science politique. *Crahay*, La politique de St Thomas d'Aquin. *Suarez*, De legibus. *Bodin*, Les six livres de la République (édition latine de 1586). — Les œuvres de *Bentham*, d'*Austin*, de *Holland* —*Schleier*-

nous, réunis et suffisamment exprimés dans la formule suivante :

L'Etat (sensu lato) ou société politique est « *une » communauté indépendante d'individus groupés en fa- » milles et en agglomérations locales, vivant d'une manière » continue, sur un territoire déterminé, dans la forme de » gouvernants et de gouvernés* (Bluntschli). »

Cinq éléments sont donc nécessaires pour constituer une société politique : un peuple, un territoire, un souverain, enfin la continuité et l'indépendance (1[bis]). Ces éléments se rencontrent dans tous les Etats ; ils forment l'aspect extérieur, ou, si l'on veut, la structure de toute société politique. Rendons nous compte de chacun d'eux.

87. Peuple ou nation. Nous appelons *peuple ou nation* le premier élément constitutif de la société politique. C'est de propos délibéré que nous adoptons la synonymie de ces deux termes. — En vain les auteurs de dictionnaires, *Littré* en tête, s'ingénient-ils à les distinguer : l'usage tant vulgaire que scientifique ne cesse de les confondre. En vain *Bluntschli* insiste-t-il, en invoquant, du reste, la langue allemande, sur la nécessité de séparer soigneusement les deux termes, de

macher, La Doctrine de l'Etat 1811. *Bluntschli* Théorie générale de l'Etat. *Palma*: Corso di Diritto Costituzionale, t. I. *Marquis de Vareilles. Sommières*, Principes fondamentaux du Droit. *Burgess* Political science and comparative constitutional law, t. 1. *Brunialti* Lo Stato moderno. *Antonio Burri* Le Teorie politiche di San Tommaso. 1884. *Contuzzi*, Trattato di Diritto costituzionale. *Orlando* Principii di diritto costituzionale. *Sidgwick* Elements of politics. *Crane and Moses*. Politics. — *A trial of politieal conventions : State, sovereign government*, article de Ch. *Malcom Platt*, dans *Political science Quaterly*, juin 1895. — *Conférences de Mgr d'Hulst* à Notre-Dame, Carême de 1895 : La morale du citoyen. — *Revue du Droit public et de la Science politique*, articles de M. G. Turgeon, professeur à Rennes, t. X, p. 19, t. XI, p. 72 ss. *L'Etat*. Eléments d'histoire et de pratique politique par Woodrow Wilson, professeur à l'Université de Princeton (traduction française chez Giard et Brière, Paris), 2 volumes.

(1[bis]) Ces deux éléments affectent les trois premiers, et y sont en quelque sorte impliqués.

n'appeler nations que les peuples organisés politiquement, et d'appeler peuples les sociétés de personnes, de familles et autres groupes humains parvenus à un certain degré d'unité par suite de la communauté de race, de langue, de religion, de demeure, de traditions et d'intérêts (2). La distinction ne paraît pas destinée à pénétrer dans la science : les publicistes ne s'y arrêtent pas ; aucun, en tout cas, ne s'y rallie avec conviction. C'est qu'en définitive l'utilité qu'elle peut présenter n'apparaît guère, et, dès lors, à quoi bon épiloguer sur des nuances ? En Droit public, dès que l'on parle du peuple ou de la nation, c'est toujours au sein de la Société politique organisée, qu'on les suppose ou qu'on les considère.

Le peuple ou nation s'oppose à l'Etat-pouvoir ; il n'est pas mauvais d'avoir deux mots pour nommer les sujets par opposition au souverain. Pourquoi réserver l'un des deux par un choix qui, dans toutes les langues, semble être arbitraire, pour désigner un groupe humain, à un moment où il n'intéresse pas encore le Droit constitutionnel, dans la période hypothétiquement antérieure à toute organisation politique?

88. Qu'est-ce qu'un peuple ? *En quoi consiste ce premier élément: peuple ou nation ?* — Les publicistes modernes sont, à ce sujet, très sobres d'explications. Les vieux auteurs, Aristote le premier, St Thomas au Moyen-Age (2 bis) sont plus complets et plus scientifiques. Tous sont d'accord, certes, pour enseigner qu'un peuple se compose d'une masse d'individus, dont le chiffre peut varier considérablement milliers ou millions ; le nombre n'y fait rien. Bluntschli repousse le chiffre infime de 10,000 hommes proposé par

(2) Nous abandonnons à la Sociologie la tâche d'étudier l'influence exercée sur la formation et le développement des nations par les causes ethnographiques, physiques, morales et religieuses, historiques et politiques. — Comme résumé, il faut lire *de Laveleye* : Le Gouvernement dans la Démocratie, I, p. 169.

(2 *bis*) *Burri*. Le teorie politiche di SanTommaso, pages 13 ss.

Rousseau. On sait que, dans l'antiquité, les Etats grecs ne furent guère que des cités. « De faibles Etats purent, au » Moyen-Age, subsister avec dignité et sécurité (3). Les » temps modernes poussent à de plus grandes agglomérations, soit que les devoirs politiques demandent des forces » nationales plus étendues, ou que l'agrandissement de certains Etats soit devenu une menace et un danger pour » l'indépendance des autres ». — Pourtant la République d'Andorre n'a que 6,000 habitants, la République de Saint-Marin en compte seulement 8,000; l'Etat de Monaco a 14,000 habitants et le Montenegro 200,000. La population de la Belgique tend à se rapprocher de 7 millions (4).

L'on a fait remarquer avec raison (5) que c'est au régime représentatif qu'est due la possibilité de faire vivre une vaste population *sous un régime libre*, possibilité que n'aurait pu rêver le fondateur de la science politique lui-même, Aristote. Mais c'est à lui que revient l'honneur, en cette matière où tout est relatif, où tout dépend des temps, des lieux, de la situation géographique, de circonstances diverses (6), d'avoir au moins proposé une règle, un principe dominant les cas particuliers. Ce principe est tiré de l'idée des **sociétés parfaites**, adoptée et développée plus tard par les Scolastiques du Moyen-Age et les Théologiens de l'époque moderne. Après avoir dit que l'Etat ne doit pas avoir plus de citoyens qu'on n'en peut rassembler à l'*αγορα*, Aristote reconnaît que la société politique doit être assez

(3) Bluntschli, 1 page 12.

(4 Que l'on compare la population des grands Etats : Russie — Allemagne — Chine — Etats-Unis.

(5) Political science Quaterly, juin 1895, page 293. — Notons aussi que les progrès de la civilisation matérielle (ex. : chemins de fer) ainsi que l'application des principes de décentralisation et de fédération, rendent possible aujourd'hui l'établissement de plus vastes groupements politiques. Ex. : les Etats-Unis d'Amérique.

(6) Ainsi l'intérêt des puissances les a déterminées à se concerter pour créer le royaume des Pays-Bas d'abord, puis pour *reconnaître* la Belgique à titre d'Etat voué à une neutralité perpétuelle.

vaste, pour que tous y trouvent des éléments complets de bien-être, de progrès et de sécurité extérieure. St Thomas trouve insuffisante la société domestique, cette monade sociale, que Cicéron nommait *principium urbis et quasi seminarium reipublicæ* (7). L'agglomération locale ou *communitas civitatis* peut, tout au plus, pourvoir aux choses de pure nécessité. La société politique seule (8), formée par le groupement de plusieurs agglomérations locales, subsiste par ses propres forces et se suffit à elle-même : elle forme une communauté parfaite, apte à résister aux agressions extérieures et à pourvoir à tous les besoins. *Ubi esset timor hostium, non posset una civitas per se subsistere ; ideo propter timorem hostium necessaria est* COMMUNITAS CIVITATUM PLURIUM QUÆ FACIUNT UNUM REGNUM. Hobbes est au fond du même avis (9), ainsi que J.-J. Rousseau (10). Cela ne veut pas dire, certes, que tout Etat doit être assez fort pour résister au reste du monde en armes (11) ; mais il convient d'admettre qu'en effet une population trop faible ne peut pas, de nos jours surtout, avoir une existence politique sérieuse. *Bluntschli* se trompe évidemment en enseignant qu'il suffit pour former un peuple d'une aggrégation de familles (12) ; nous croyons au contraire, avec Aristote et St Thomas, que la société politique n'existe que du moment où le cercle de la communauté locale est dépassé, et qu'un Etat implique toujours un groupement d'agglomérations, villes, villages, communes, civitates, clans, tribus. L'Etat doit être une société complète se suffisant à elle-même (*αυταρκους*), renfermant tous les éléments

(7) De officiis, I, c. XVI.

(8) Regnum, dit St Thomas. — In Evangelium Mathei, cap. 12. — De Regimine principum, ch. I, livre I.

(9) Leviathan, chap. XVII.

(10) Contrat social, Liv II, chap. IX.

(11) *Austin* Jurisprudence, I, p. 241.

(12) Théorie générale de l'Etat, page 12. — Ailleurs Bluntschli est plus exact (p. 217 et 218). « Les petits Etats, dit-il, n'ont qu'une vie précaire ; ils ne participent pas à la vie moderne ». Un Etat minuscule est une singularité. — Sidgwick : p. 107. — Political science Quaterly, Juin 1875, p. 294.

indispensables à son existence et à sa conservation ; les familles et les communautés locales ne suffisent pas, elle ne possèdent pas les moyens de pourvoir à leur sécurité et à l'infinité de leurs besoins. Elles sont poussées, par les nécessités, à se grouper en une société plus vaste, et celle-ci, nation ou peuple, forme la matière, le premier élément fondemental de l'Etat.

Font évidement partie de cette société tous les nationaux, hommes, femmes et enfants. L'antiquité, on ne le sait que trop, n'admettait au rang des citoyens, qu'une infime minorité d'individus, de citoyens investis de droits politiques. — Les étrangers ne sont pas à parler proprement membres de l'Etat, mais ils y ont des droits qui doivent être respectés (Voyez le chapitre suivant).

89. L'élément téritorial. Le second élément de la société politique c'est le territoire (13), le pays (*das Land*). On entend par là une certaine superficie de terre habitable (14). Il n'y a pas d'Etat sans l'établissement d'un peuple sur un territoire déterminé «*Status*, disait Cicéron, *stabilis esse debet; societas fixa, non vaga*». Un peuple nomade se trouve dans une période de transition : s'il réussit à se fixer, à demeurer dans un pays, il devient un Etat; s'il n'y réussit pas, il périt. « Les « vaisseaux de Thémistocle sauvèrent Athènes, écrit Bluntschli, parce que la ville fut reprise après la victoire ».

Il paraît bien que chez les anciens l'idée de patrie, d'Etat, fût toujours inséparable de celle de pays ou de cité (**πολις**, civitas),

Les Germains se considéraient plutôt comme formant des sociétés fondées sur des liens personnels, sans demeure fixe. La Féodalité fit prévaloir la nécessité d'une relation permanente entre un territoire et la société politique. L'on sait même, quelque étroite que puisse être cette relation, que la

(13) Brunialti, p. X.

(14) Bluntschli, I, p. 12 et 216. Nous laissons à la Sociologie le soin de décrire l'action excercée sur les institutions politiques par le facteur territorial considéré dans ses divers éléments : configuration - situation - étendue - conditions climatériques, orologiques, hydrographiques, géologiques.

Féodalité l'exagérait et la dénaturait en confondant la souveraineté et la propriété.

Elle établissait entre le sol et le pouvoir un rapport de droit privé,et reconnaissait au prince, sur tout le territoire, sinon la pleine propriété, du moins la propriété nominale, qu'elle décorait du nom de domaine direct. — On n'admet plus aujourd'hui cet assujettissement du sol au souverain.Celui-ci n'est apte à posséder que certaines portions du pays, formant son domaine propre. — Il n'a sur les propriétés privées que des prérogatives de nature publique,dont l'ensemble forme ce que l'on nomme d'ordinaire le droit de domaine éminent. Ce droit implique notamment celui de lever des impôts *(jus tributi)*, le droit d'expropriation; le droit de réglementer la propriété. de la frapper de restrictions, et de la grever de servitudes dans l'intérêt public.

La délimitation du territoire dérive le plus souvent de la possession immémoriale et des faits historiques. Aujourd'hui elle est presque toujours réglée par des traités; ainsi en est-il des frontières de la Belgique.

Leur tracé fait l'objet : du côté de la Prusse, des traités des 26 juin (15) et 7 octobre 1816, du côté de la Hollande (16) du traité du 19 avril 1839, du côté de la France, du traité de Courtrai du 28 mars 1820. — (Voyez la loi Belge du 5 avril 1887)

Du côté de la mer, le territoire s'étend jusqu'à portée de canon, et cela s'interprête : à la distance de 3 milles marins anglais(5 kilomètres) à partir de la ligne la plus basse des eaux (17). La pêche le long de la côte est interdite à tous bâteaux étrangers dans la distance de trois milles géographiques.

(15) L'art. 17 de ce traité neutralise une partie du village de Moresnet : cette partie demeure provisoirement soumise à une administration commune, et ne peut-être occupée militairement par aucune puissance.

(16) Au Nord de la province d'Anvers, il y a encore à régler le sort d'une enclave : Baar le Nassau.

(17) *Giron* Dictionnaire de Droit public et administratif, V° Territoire.

(18) *ibidem*— Loi du 19 Août 1891.

Les fleuves séparant ou traversant plusieurs Etats, (comme l'Escaut et la Meuse) sont, de par une résolution du Congrès de Vienne, déclarés accessibles à la navigation et au commerce de toutes les nations. L'Escaut affranchi par le Décret de la Convention nationale du 16 Novembre 1792, n'avait pas cessé d'être ouvert à la navigation après la Révolution de 1830 (19).

Le traité de 1839 soumettait à une surveillance commune exercée par des Commissaires Hollandais et Belges, la conservation des passes de l'Escaut en aval d'Anvers et les services de pilotage et de balisage. Mais le même traité autorisait la Hollande à percevoir, sur la navigation du fleuve et de ses embouchures, un péage (20) s'élevant à 1 florins 50 par tonneau de mer et perçu par des agents Néerlandais à Anvers et à Terneuzen.

Le gouvernement Belge eut l'heureuse idée de rembourser cette taxe aux navires de toutes nations (21) : puis négocia le rachat de péage par l'accord des puissances intéressées. L'entente se fit sur la base d'un capital d'un peu plus de 36 millions, dont la Belgique prit un tiers à sa charge, le reste (23 millions) étant payable par les Etats maritimes. (22) L'affranchissement à perpétuité de l'Escaut (23), réalisé en 1863 par le ministère Rogier, est l'un des événements les plus considérables de notre histoire économique : il fait honneur à notre dynastie, à Léopold Ier, dont l'influence personnelle leva les derniers obstacles, au baron Lambermont, dont le nom demeure attaché à cet acte mémorable (24).

(19) *Baron Guillaume*. L'Escaut depuis 1830, 2 vol. Castaigne Bruxelles

(20) un droit de vasselage, disait à la Chambre un député Belge.

(21) plus de 28 millions de 1839 à 1862.

(22) 26 Etats contribuèrent au paiement.

(23) En même temps les droits de tonnage furent supprimés, les droits de pilotage réduits, ainsi que les taxes maritimes locales.

(24) Baron Guillaume. L'Escaut, t. I, pages 407 à 475. On trouve dans ce même ouvrage, t, II, p. 81 ss, le récit très intéressant des négociations et des conflits, auxquels donnèrent lieu pendant de longues années, à partir de 1846, les travaux exécutés par la Hollande sur l'Escaut oriental. Ces travaux menaçaient d'entraver nos communications avec la mer et avec le Rhin; heureusement les conséquences redoutées ne se produisirent pas.

90. Acquisitions territoriales et coloniales.

Le territoire étant à la fois la résidence du peuple et le siège du souverain qui le gouverne, il en résulte que toute annexion ou adjonction de territoire amène, non seulement un accroissement de population, mais encore une extension de souveraineté.

L'annexion change de plein droit la nationalité des habitants.

En augmentant le nombre des citoyens et en agrandissant le pays, elle nécessite la création de nouvelles divisions administratives (provinces, arrondissements),accroît les recettes et les dépenses, amène aussi l'augmentation du nombre des membres de la représentation nationale.

Telles seront toujours les conséquences d'une annexion véritable. — Mais il faut avoir soin d'en distinguer d'autres situations,d'autres relations, qui peuvent s'établir entre deux pays. Le Droit des gens moderne ne qualifie pas d'annexion l'acquisition, par un Etat sur un autre, de certains droits de *suzeraineté* (25) de *protectorat* (26), ou *d'influence* (27).

Il n'y a pas non plus annexion dans le cas où une simple *union personnelle* est établie entre deux pays par l'attribution à un seul et même titulaire de deux souverainetés restées distinctes (art. 62 de la constitution)— Telle est la situation actuelle de la Belgique et du Congo (28).

Enfin, l'acquisition de Colonies ou de possessions d'Outre-mer n'implique pas davantage annexion et n'en produit pas les conséquences. Ce point pourtant a soulevé en Belgique une légère controverse.

(25) Ex. : de la France sur Tunis.

(26) Ex. : de la France sur le Soudan.

(27) Ex. : de divers pays sur certaines zônes de la Chine.

(28) L'union réelle entre deux Etats crée une situation plus complète. — Suède et Norwège. — Les Etats composés de cette espèce restent distincts au point de vue de leur région intérieure, mais forment extérieurement une seule personne du droit des gens. — Rivier, I, 97. — La séparation de la Suède et de la Norwège s'accomplit au moment où nous écrivons.

A la différence de la Loi fondamentale Hollandaise, la Constitution Belge ne prévoyait pas la possession de colonies. On se demandait s'il serait possible à notre pays d'acquérir le Congo, sans donner lieu aux conséquences qu'entraîne toute annexion. (29)

L'opinion qui prévalut admit l'affirmative. Mais on jugea bon de dissiper tout doute. L'art. 1er de la Constitution, récemment soumis à revision, porte dans sa rédaction actuelle un alinéa nouveau ainsi rédigé : « Les colonies, possessions » d'Outre-mer ou protectorats que la Belgique peut acquérir » sont régis par des *lois particulières* (30). Les troupes bel- » ges destinées à leur défense ne peuvent être recrutées que » par des engagements volontaires. »

91. Affranchissement du Luxembourg

L'art. 1er de la Constitution réservait les relations du Luxembourg avec la Confédération germanique.

Insérée dans la Constitution par raison de prudence,pour ne pas compliquer la question de la légitimité de la Révolution Belge posée devant l'Europe par celle des relations du Luxembourg avec la Confédération allemande, cette réserve n'avait plus d'objet depuis *le traité de 1839,* lequel en exigeant de la Belgique la cession au roi de Hollande d'une partie du Luxembourg, avait stipulé que la partie de cette province attribuée à la Belgique serait complètement détachée de la Confédération germanique. L'art. 1er ayant été soumis à revision, la réserve susdite a été effacée. (31).

92. Dualité entre gouvernants et gouvernés.

Le troisième élément constitutif de l'Etat *(sensu lato)* ou société politique n'est pas aisé à définir. Pour Aristote et St-Thomas c'est l'élément *formel* de la société opposé

(29) La Constitution de l'an III déclarait les colonies françaises partie intégrante de la République et les soumettait à la même loi constitutionnelle *Giron,* V° Territoire.

(30) Système consacré par l'art. 91 de la Constitution.de l'an VIII.—Ibid.

(31) Il paraît qu'en 1870 le prince de Bismark (v. ses mémoires - 23 janvier 1870) eut l'idée de rendre le Luxembourg à la Belgique.

aux deux autres : territoire et peuple, matière de l'Etat. Il consiste essentiellement en une direction sociale, qui en organisant et dirigeant la nation, en fait un corps, une unité politique. Bluntschli, Palma, Brunialti, parlent également d'unité politique, de lien commun, du *vinculum juris* qui, faible ou fort, donne à la société politique un pouvoir propre, fait d'elle un Etat, une volonté, une personne. Tout cela n'a rien d'inexact; mais, avant d'étudier la nature intime de l'Etat,le lien qui en unit les parties en un tout organique, ne convient-il pas d'abord de mettre en relief le fait essentiel et caractérisque, sous lequel l'observateur voit précisément apparaître cette unité, ce lien commun. Or, ce fait saillant, cet élément caractéristique, à la fois cause et produit de l'unité politique, c'est l'existence d'une autorité, d'un pouvoir suprême, d'un souverain obéi par des sujets. C'est à Bodin que revient l'honneur de l'avoir dès le XVIme, siècle, (32) mis en vive lumière.

Sa doctrine ou si l'on veut,ses formules,négligées des publicistes de l'Europe continentale,mal comprises d'ailleurs par de nombreux écrivains, par Bluntschli notamment, sont aujourd'hui remises en honneur.Après Hobbès,Locke,Kant,Bentham, voilà qu'en Angleterre et en Amérique des auteurs considérables, Austin, Holland, Sidgwick, Burgess les reprennent pour les mettre à la base de leurs manuels classiques.D'après eux, ce qui caractérise essentiellement la société politique, c'est la dualité qu'elle offre, l'opposition quelle présente entre, d'une part un pouvoir souverain, et d'autre part des citoyens ou sujets en état d'obéissance. Peu importent les formes, les variétés de situations, les particularités historiques : c'est bien là, le trait caractéristique de l'Etat. « Il n'y

(32) V. son ouvrage : Les livres de la République. — v. Pollock-Histoire de la science politique. — Crane and Moses, Politics,p. 41 à 43. — Article cité de Political science quaterly. juin 1895 — Bluntschli, Il page 13. — Sidgwik, chap. II.

« a plus d'Etat, dit Bluntschli (33), là où l'autorité n'appar-
« tient plus à personne, où les gouvernements ont dénié
« l'obéissance politique, où chacun fait ce qui lui plaît, où
« règne l'anarchie »

L'opposition du souverain et des sujets existe dans tous les Etats, «même là, ajoute Bluntschli, où elle semble dispa-
« raître comme dans les démocraties avancées. L'assemblée
» populaire des citoyens d'Athènes, (34) formait l'autorité et
« chaque citoyen pris isolément était sujet par rapport à elle.
—Bodin définit l'Etat, «un droit gouvernement de plusieurs ménages et de ce qui leur est commun, *avec puissance souveraine* (35).»

L'existence d'un souverain, c'est-à-dire d'une autorité permanente et générale : tel est donc pour lui l'élément capital de la société-politique. — L'organisation de l'Etat consiste, écrit récemment un auteur Américain (36), dans l'existence entre ses membres d'une relation universelle *(alle comprehending relations)* de souverain à sujets. Il y a, dit-il, dans toute société politique un *élément dominant*, à la volonté duquel, dès qu'elle est exprimée par quelque signe suffisant, la masse des membres de pareille société obéit... le plus souvent par crainte de châtiments. — C'est la formule de *Bentham* qui paraît prévaloir. Dans son opuscule intitulé *Fragments sur le gouvernement* (ch. I. §. 10), il écrit « Supposez
« qu'un certain nombre de personnes (on peut les nommer sujets) soient dans l'habitude d'obéir à un citoyen ou à un groupe de citoyens bien connus et bien déterminés (qu'on peut appeler gouvernement), — *l'ensemble* de ces citoyens réunis (sujets et gouvernement) sera dit en état de société politique.— Ch.Malcom Platt,dans l'article souvent cité de la

(33) I, p. 13.
(34) La majorité seulement.
(35) V. Paul Janet, Histoire de la science politique, II, page 115 et 119.
(36) Political science quaterly, Juin 1895.

Political science Quaterly (Juin 1895, page 297), conclut ainsi : L'organisation de l'Etat se manisfeste dans la répartition permanente de tous ses membres en deux organes ayant respectivement pour fonctions le commandement et l'obéissance (37).

Ces notions sont devenues classiques en Angleterre et aux Etats-Unis (38).

83. Elément de continuité.

La communauté des individus et des groupes composant la société politique implique par elle-même la *continuité* de vie; elle n'a pas de terme d'existence; elle ne se dissout pas à une époque prévue; elle se perpétue elle-même par les naissances et les naturalisations; elle est donc mouvante dans les personnes, qui la composent ; elle s'étend à travers les siècles à la suite des générations qui se succèdent.

Cette continuité se retrouve dans la permanence des rapports qui unissent le peuple au pays qu'il habite, dans la fixité de sa résidence territoriale, non moins que dans la perpétuité du pouvoir qui le dirige, de l'autorité souveraine à laquelle il est soumis. — Les familles, dont la société est formée, n'échappent pas aux atteintes du temps ; et leur durée, bien que dépassant celle des individus, n'atteint pas au degré de perpétuité, qui distingue comme la société politique elle-même, les groupements plus vastes, les communes, provinces ou districts organismes *reconnus* ou créés par la loi sous différents noms. De toutes parts donc, la permanence, la fixité dans le temps comme dans l'espace, apparaissent comme l'un des traits caractéristiques de l'Etat (sensu lato), comme manière d'être essentielle à chacun des éléments qui le composent, au peuple, à sa résidence, à son gouvernement. — Aussi, les changements de formes

(37) L'auteur renvoie à Kant-Philosophie du Droit et à Puchta (Outlines) of jurisprudence — V. encore Sidgwick, Politics, page 17.

(38) Il sera question plus tard de la définition et des caractères de la souveraineté, objet de graves dissidences.

politiques laissent-ils subsiter l'identité de l'Etat et le Droit des gens déclare-t-il l'Etat débiteur des engagements contractés par un gouvernement déchu (39).

94. L'indépendance. Un cinquième élément manque pour compléter la définition de la société politique. Bien qu'à certains égards, cet élément soit impliqué comme le quatrième dans les trois premiers, il mérite d'être indiqué et mis en relief isolément : c'est l'*indépendance*, que beaucoup d'écrivains, se conformant à l'usage établi d'ailleurs, qualifient de souveraineté externe. — Cette expression est mal choisie ; le terme souveraineté, en effet, appelle l'idée de supériorité, de de commandement exercé sur un inférieur.

La notion qu'il s'agit d'exprimer au contraire est celle de l'autonomie, de la liberté réciproque des Etats les uns vis-à-vis des autres. A part certaines restrictions exceptionnelles, les Etats ne sont, dans leurs rapports respectifs, ni souverains, ni sujets, ni gouvernants, ni gouvernés (40). Le terme souverain est donc malheureux ; le mot *indépendance* est suffisamment explicite et convient mieux.

L'élément d'indépendance distingue spécifiquement l'Etat de ses parties, provinces, communes, et de ses dépendances telles que ses colonies (41). C'est l'indépendance qui permet à une société politique de réclamer son admission dans la famille des nations.

De même que la liberté des individus s'accorde avec l'obéissance aux lois, cette indépendance se concilie bien avec le respect dû par les Etats aux règles du Droit des gens, lesquelles n'émanent pas d'un souverain qui leur commande. Se concilie-telle avec les obligations dont, en cas de *confédé-*

(39) Rivier. Origines du Droit des gens I. p. 63.-- Ch. Loomans. Des sociétés nécessaires, page 5.

(40) *Ch. Malcom Platt* dans *Political science quaterly. juin 1895* -- v. *Holland*, Jurisprudence, 1re édition page 39. -- Les Etats ne sont que sous le sceptre de la nature, ils sont théoriquement égaux.

(41) Marquis de Vareilles-Sommières-Principes I. p. 53.—Political science quaterly, article cité.

ration un Etat peut-être tenu vis-à-vis de ses alliés ? Nous pensons que oui.

Elle subsiste même en cas de *Fédération* (42); mais à condition qu'il n'y ait pas incorporation, *absorption* des Etats fédérés dans un Etat unitaire. Dans les Etats fédératifs, tels que les Etats-Unis, la Suisse, l'Allemagne actuelle, les Etats composants,pensons-nous,demeurent distincts, gardent,quoique restreinte,leur souveraineté, leur indépendance,et continuent de mériter la qualification d'Etats, bien que l'organisation fédérale implique des pouvoirs unitaires établis et fonctionnant avec leur participation.

En d'autres termes, l'indépendance, la souveraineté, quoiqu'on en ait dit, n'est ni indivisible, ni absolue. — Elle peut comporter des restrictions, se trouver limitée par des devoirs internationaux.

95. Nos devoirs internationaux.

L'indépendance de la Belgique est-elle *entière ?* Pourrions-nous être un jour menacés d'être mis au rang des Etats mi-souverains ? (43)

Ce danger nous paraît illusoire.

L'indépendance de notre pays, tout d'abord, est un fait préexistant à tous les traités : la Belgique ne doit qu'à elle même son affranchissement. Elle même s'est proclamée souveraine et libre. Le Gouvernement provisoire, et, après lui, le Congrès national l'ont solennellement déclaré : « Les provinces Belges violemment détachées de la Hollande constituent un Etat indépendant ». La Belgique, dit Mr Pierre Graux,

(42) On sait que le Droit des gens distingue entre Etats confédérés et fédérations d'Etats (Etat-Unis — Suisse — Allemagne actuelle). — A la différence d'une Confédération, une Fédération est dotée d'une souveraineté unitaire et commune.

(43) Lire sur ce sujet : les *Principes du droit des gens* de Rivier et dans le journal des Tribunaux du 24 Novembre 1904 le beau discours prononcé à la séance de rentrée de la Conférence du Jeune barreau de Bruxelles par *M Pierre Graux* sur : *La neutralité de la Belgique et l'annexion du Congo*.

« a comparu comme partie contractante aux traités de 1830 « et de 1839; les engagements quelle a pris, bien qu'imposés « par la force à sa faiblesse,n'ont de valeur juridique que parce « qu'elle les a solennellement acceptés ».

Le texte des traités consacre et reconnaît notre indépendance ; et l'on sait que la reconnaissance internationale n'est nullement une concession de souveraineté, mais une simple approbation du fait accompli. « C'est l'assurance donnée à un « nouvel Etat, qu'il lui sera permis d'avoir sa place et son « rang, en qualité d'organisme politique indépendant, parmi « les nations associées (Rivier, I, p. 157) ». — Les avantages qui en résultent sont assez considérables pour que la Belgique, en vue d'en bénéficier, ait accepté de se soumettre à une neutralité perpétuelle, neutralité quelle s'engage à garder *et à défendre.*

Or, la neutralité permanente ne fait pas déchoir un Etat de son rang d'Etat souverain (44) La souveraineté subsiste, dès qu'un Etat n'est assujetti à aucune autre autorité extérieure et qu'il n'a d'autres obligations que celles qu'il a consenties. L'existence d'obligations juridiques n'est nullement incompatible avec la souveraineté. « Comme l'individu libre « et maître de lui-même est, en droit privé, capable de con- « tracter des obligations vis-à-vis de ses semblables, l'Etat « indépendant et souverain peut, en droit des gens, s'obliger « vis-à-vis des autres Etats ; et l'existence d'un contrat, dans « l'un comme dans l'autre cas, loin de démontrer par elle- « même l'asservissement de l'une des parties,fait au contraire « présumer que toutes deux sont également capables et « libres » (45).

L'Etat Belge a conservé et conserve pleine juridiction sur son territoire comme sur ses habitants nationaux et autres, et se trouve indépendant de tout autre Etat, tant dans sa vie extérieure que dans sa vie et son gouvernement intérieurs (45),

(44) Descamps, Neutralité Belge I, p. 340. — Rivier I, p. 52 et 53.
(45) Rivier, page 52.

Il n'y a pas de traité, qui ait effacé dans la Constitution les art. 3 et 68 permettant au législateur de *consentir* des changements territoriaux, et nulle protestation de l'étranger n'a suivi en 1893 l'insertion, dans l'art. 1, d'un texte prévoyant pour la Belgique, l'acquisition de Colonies, possessions d'outre-mer ou de protectorats.

L'on ne peut rappeler l'engagement que nous avons *consenti* en 1831 (46) de démolir certaines forteresses et de conserver certaines autres, que pour nous faire honneur du souci que nous prenons de n'être pas un pays ouvert à quiconque voudrait violer notre neutralité. Les susceptibilités internationales produites par cet engagement n'aboutirent-elles pas d'ailleurs à une déclaration nouvelle des puissances en faveur de la souveraineté pleine et entière de S. M. le Roi des Belges ? (47),

Aussi, le susdit engagement entrava-t-il si peu notre liberté en matière de défense militaire, qu'en 1859 un nouveau système de fortifications fut adopté par nous. Les anciennes forteresses furent en parties démolies. Anvers devint notre grande position stratégique, destinée à servir à l'armée de base d'opérations et de point de refuge en cas de revers. En outre de quelques places secondaires, celles de Namur et de Liége subsistèrent; puis vingt-cinq ans après, les fortifications de la Meuse furent établies ; elle ne donnèrent lieu à aucune inquiétude ni désapprobation à l'étranger ; elles indiquent notre ferme resolution de ne rien épargner pour assurer le maintien de notre existence nationale, et pour interdire nos frontières à toutes les incursions, d'où qu'elles puissent venir (48).

Notre neutralité nous impose des devoirs, certes ; elle nous donne aussi des droits vis-à-vis des Etats qui en sont

46) Woeste. La Neutralité Belge, page 66.
(47) *Woeste*. La neutralité, p. 67.
(48) *Idem* pages 70 et 71.

les garants. Mais il ne faut pas grossir les obligations qu'elle comporte, accumuler les restrictions, dont, si on l'exagérait, elle pourrait être la source. — C'est l'exagérer manifestement, que d'y voir pour nous une comdamnation à l'isolement, à l'immuabilité des frontières, à l'abstention de toute ambition, de toute entreprise coloniale (49). C'est de notre rôle au Congo, de son annexion possible à la Belgique qu'il s'agit ici. — Nous n'hésitons pas à rejeter — sur cet objet — toute restriction de la souveraineté Belge ; revendiquons, pour notre pays, en matière d'annexion coloniale surtout, plénitude de liberté et d'indépendance.

D'où viendraient en effet, les entraves que certains publicistes rêvent de nous imposer ?

Les puissances signataires des traités de 1831 et de 1839 —cela est hors de doute—n'ont pas un instant songé à l'éventualité qui se réalise aujourd'hui. Elles ne pouvaient prévoir les transformations économiques que le monde entier a connues depuis trois-quarts de siècle.

Et jamais, — ni dans aucun texte, ni à aucun moment des négociations, — il n'a pu être question d'interdire à la Belgique, de chercher dans l'acquisition d'un domaine colonial, un élément nécessaire de développement et d'expansion.

Il n'a pu s'agir en 1831 et en 1839 que d'une délimitation de frontières entre la Belgique et la Hollande : les limites auxquelles fait illusion l'art. 7 du traité de 1839 sont les limites du partage de l'ancien Royaume des Pays-Bas, scindé en deux parties (50). En pareille matière, l'interprétation restrictive s'impose, parce qu'il s'agit d'une exception au principe de souveraineté. Qu'on cite donc un mot, une ligne, qui fasse seulement allusion à l'idée de nous interdire une acquisition coloniale !

(49) C'est à l'examen de cette grave et intéressante question qu'est consacrée la belle Conférence citée, de Me Pierre Graux.

(50) Me Pierre Graux, conférence citée. -- Nys, Notes sur la neutralité pag. 45. -- Descamps, Neutralité de la Belgique, p. 513.

Mais, dit-on, notre neutralité pourrait être compromise dans la défense et le gouvernement de possessions africaines. Si elles sont attaquées, les ferons nous respecter ? Nous violerons notre neutralité en combattant pour autre chose que pour défendre les frontières qui nous sont garanties. Les abandonnerons-nous aux Etats qui les convoiteraient ? En ce cas, notre souveraineté coloniale n'est qu'un vain mot !

Nous répondrons : La faiblesse est-elle pour un Etat une cause d'inexistence ? Depuis quand la force est-elle l'essence du Droit ? La guerre n'est-elle pas l'*ultima ratio, le dernier* moyen de se faire rendre justice ?

Le respect des traités, l'intervention des puissances amies, l'arbitrage ne comptera donc pour rien? Que d'Etats à effacer de la carte du monde, si leur souveraineté doit dépendre du pouvoir de faire la guerre et de la faire victorieusement ?

Au surplus, la neutralité consiste dans « l'obligation de « rester en dehors des luttes qui peuvent mettre aux prises « les *Etats-tiers,* de ne prendre parti ni pour l'un ni pour l'au- « tre ; mais elle n'implique nullement cette autre obligation « infiniment plus grave, au dessus des forces humaines, de « ne jamais, quelle que soit l'heure, quel que soit le danger, « prendre les armes pour sauvegarder contre l'injustice ses « intérêts les plus chers, ses droits les plus plus sacrés ».

Remarquons enfin qu'il n'y eut jamais de protestation étrangère quand, dans l'époque comprise entre 1842 et 1852, le gouvernement Belge encouragait la colonisation de Santo Thomas (au Guatémala), et que précisément, parmi les puissances représentées au Congrès de Berlin en 1885, figuraient les Etats garants de notre neutralité et de notre indépendance. Faut-il rappeler que le chapitre III de l'Acte général de Berlin autorisait les puissances exercant un droit de souveraineté dans le bassin du Congo à se proclamer neutres, qu'après avoir pris le titre de Souverain du nouvel Etat, le roi Léopold II annonça aux gouvernements étrangers son avènement au trône et leur faisait, le jour même, notifier

par son premier ministre (M. Van Eetvelde, administrateur des affaires étrangères) que l'Etat iudépendant du Congo « *se déclarait perpétuellement neutre,* réclamait les avan- « tages garantis par l'Acte général, *en même temps qu'il assumait les devoirs que la neutralité comporte* » (51).

§ 2. — Origine et formation de l'Etat *(Sensu lato).*

96. Origine naturelle et nécessaire. Le problème de la formation ou des origines de la société politique (52) se pose en philosophie et en histoire. L'historien cherche à connaître les circonstances, les faits qui ont accompagné la naissance des divers Etats ;

(51) La péroraison de la conférence de Me Pierre Graux mérite d'être citée en entier. « La Belgique est, malgré sa neutralité, indépendante et souveraine ; elle a, au même titre que les autres puissances, le droit de se développer comme elles.

La nécessité impérieuse, qui force les autres Etats à chercher dans l'expansion coloniale les moyens de faire face à toutes les exigences de la guerre économique moderne, existe aussi pour elle ; tous les hommes, tous les peuples sont soumis aux mêmes lois ; tous, ils ont le droit incontestable de chercher leur salut par les mêmes moyens: et pour les faibles et pour les neutres, il est d'autant plus légitime de demander à l'acquisition pacifique d'un territoire indépendant, le remède aux maux dont ils sont menacés, qu'ils ne peuvent compter sur la guerre pour regagner plus tard le temps perdu. Dans sa lutte pour l'existence, une seule barrière pourrait arrêter la Belgique: le droit des autres Etats. Le droit des autres pourrait seul, ou la faire reculer ou détourner sa marche; ce droit seul, et c'est tout. Il n'est pas d'autre principe qu'elle soit forcée de reconnaître, devant lequel elle doive s'incliner.

Sur le Congo, aucune puissance n'a de droits antérieurs aux siens ; sur cet empire, d'où elle a chassé l'esclavage, sur ces richesses ignorées, qu'elle a fait jaillir de son sol, sur ce fleuve, sur ces forêts, sur ces immensités auxquelles elle a rendu la vie, aucune puissance n'a de droits qui prime ceux qu'elle y a acquis. Forte de ces droits, les plus incontestables et les plus légitimes qui soient, elle peut en paix, sans remords et sans inquiétude, poursuivre sa route ; et si des nuages obscurs pouvaient s'élever à l'horizon lointain vers lequel elle porte ses pas, ce ne serait point une raison pour arrêter sa marche; car la justice l'accompagne, et, quelque soit le sort que son destin lui réserve, ce ne serait pas elle que le jugement de l'histoire condamnerait »,

(52) Ne pas confondre ce problème avec celui des origines du pouvoir (Etat *sensu stricto*).

le philosophe recherche la cause fondamentale, la raison d'être universelle de tous. Aristote déjà répondait à cette dernière question : ***Ανθρωπος φυσεὶ ζωον πολιτικον.*** Et saint Thomas traduisait : *Naturale est enim ut sit animal sociale et politicum in multitudine vivens.*

Soyons précis : il ne s'agit pas ici du pouvoir, de l'Etat *(sensu stricto)*, ni de la *société universelle* du genre humain, ni de la société internationale, mais de l'Etat *(sensu lato)*, de la société politique constituée comme il a été dit dans le § précédent ; il faudrait établir qu'elle a son fondement dans la nature humaine, qu'elle est nécessaire, qu'il ne dépend pas de l'homme d'y échapper, qu'elle est le résultat de ses besoins, de la loi de conservation et de progrès qui s'impose à lui.

La démonstration à faire doit impliquer, non seulement que l'homme ne peut pas vivre dans l'isolement, qu'il a besoin de la société de ses semblables, mais encore que la société universelle ne remplit pas le but, que la famille à son tour, que les communautés locales même, sont incomplètes. Cette démonstration, faite par Aristote, a été reprise et perfectionnée par S[t] Thomas et les Théologiens. Nous ne faisons que la résumer et la compléter en prenant pour guide l'excellent livre du Marquis de Vareilles-Sommières : *Les Principes fondamentaux du Droit* (I, p. 59 ss.)

L'existence des Etats, de sociétés politiques indépendantes, est un fait universel et permanent ; elle apparaît comme une nécessité de nature. La société politique semble être la forme de vie sociale imposée, tant par la constitution de l'homme, que par celle de la société humaine ; elle est donc légitime, obligatoire. La sociabilité, le goût de l'Etat, comme dit Bluntschli, ne suffisent pas pour rendre compte de l'existence des Etats et de leur caractère obligatoire. « Il y a des hommes qui n'ont pas le goût de l'Etat et » qui goûteraient par dessus tout l'anarchie. » Pourquoi devraient-ils s'incliner devant les citoyens qui ont d'autres

préférences ? Pour reconnaître à ceux-ci le droit d'imposer aux premiers un ordre politique, il faut remonter à une loi supérieure, à l'ordre moral, dont l'humanité subit l'empire.

La nature de l'individu, la nature de la société humaine, réclament l'une et l'autre l'institution de sociétés politiques, l'établissement des Etats. Quiconque n'est pas apte à vivre dans l'Etat est un être au-dessus ou au-dessous de l'humanité, une brute ou un dieu. Les besoins de l'homme, la faculté de langage, son intelligence, son cœur, ses devoirs exigent qu'il vive en relations constantes avec ses semblables et trouve à l'entour de lui des secours, des lumières, des affections, l'occasion de faire le bien (53). La famille n'est pas un milieu suffisant pour assurer notre existence et notre développement. Les parents peuvent mourir prématurément et ne peuvent, en tous cas, procurer, à eux seuls, tout ce qui est utile au corps et à l'âme. La société universelle des hommes est trop vaste ; elle ne peut atteindre son but, elle ne peut fonctionner qu'à la *condition qu'il se forme dans son sein des groupements plus restreints* (54). L'assistance

(53) De Vareilles Sommières, p. 60 et 61. Nous suivons textuellement cet excellent auteur.

(64) Il y a des écrivains — ils portent le nom d'*anarchistes* — ralliés à l'idée que la société universelle suffit, ou qu'elle pourra du moins suffire, quand l'humanité aura atteint son plein développement.Les Anabaptistes, La Boétie au XVIe siècle, Proudhon au XIXe et certaines écoles socialistes et communistes nient la légitimité des gouvernements et croient à la disparition des Etats. La réfutation de cette théorie relève, pensons-nous, de la *Sociologie* v. page 16). Bornons-nous à résumer les objections, qu'y opposaient M. Macors (cours manuscrit 1860-1861) et M. de Laveleye (I. page 28). Ils considéraient la thèse anarchique comme contraire: 1° à la notion du progrès: tout progrès réalise l'émancipation de l'homme, affaiblit par conséquent les liens sociaux et nécessite dès lors, davantage, l'intervention de l'Etat ; 2° au caractère indéfini du progrès : l'idéal n'est jamais atteint, la perfection n'est pas de ce monde; c'est un rêve de concevoir l'humanité parvenue à un tel degré de lumière et de sagesse, que l'Etat devienne inutile, et que la fraternité universelle gouverne seule les hommes ; 3° à l'histoire ; elle démontre cette thèse de Dupont-White L'individu et l'Etat) que l'Etat ,instrument de progrès et pourvoyeur des besoins, voit, d'une manière continue, sa mission

mutuelle sous toutes ses formes est impossible entre individus qui n'ont aucun moyen de communication. Elle est rare, lente, partielle entre gens isolés, éloignés les uns des autres. Pour la rendre possible, efficace, permanente, il faut que les familles se groupent et s'établissent dans une même région. Elles formeront d'abord des clans, des tribus, des communautés locales. Mais celles-ci ne seront pas encore capables de satisfaire seules à tous leurs besoins. Pour se défendre, pourvoir aux nécessités communes, être vraiment indépendantes, elles se réuniront en une communauté plus vaste. *Celle-ci, apte à se suffire à elle-même* (αυταρκους) *constitue ce que nous appelons l'*Etat (sensu lato), *la société politique. Sa formation apparaît* donc bien comme une nécessité de nature, comme la réalisation d'une loi supérieure à l'homme, d'une loi Providentielle.

97. Origines historiques. Mais cette affirmation n'empêche pas de reconnaître que les faits les plus variés, les circonstances les plus diverses, des actes volontaires, et même des conventions interviennent à l'origine des sociétés politiques pour amener les groupements qui en sont constitutifs. Aussi, la grande majorité des auteurs, et parmi eux S[t] Thomas et Suarez, vont-ils jusqu'à dire qu'on ne conçoit pas la formation de la société politique sans un certain pacte exprès ou tacite (55). Pourtant, l'histoire ne place pas un contrat à l'origine de tous les peuples ; le plus souvent, la naissance des nations demeure cachée, entourée de mystère. Dans les premiers âges, le développement naturel des

grandir et ses attributions s'accroître au fur et à mesure que se développe la civilisation.

Il n'est pas interdit pourtant de voir dans la société humaine tout entière un organisme moral susceptible de développement vers un idéal, qui ne peut être que la réalisation toujours plus complète, dans la société, de la loi universelle de justice et de fraternité universelles (concours volontaire de tous au bien de tous). — *Loomans* Des sociétés nécessaires, page 6.

55) Crahay, La Politique de S. Thomas, pages 8 ss.

familles paraît suffire à expliquer la formation des Etats. Plus tard, d'autres faits interviennent : les invasions — la colonisation — la conquête — les traités. Certains Etats n'ont-ils pas dû leur existence à la violence, à des coups de force ?

Peut-être convient-il, si subtile que soit la distinction, de ne pas confondre la formation même de la société politique avec le groupement plus ou moins volontaire qu'elle présuppose. Cette distinction est faite par le Marquis de Vareilles-Sommières. — Selon lui, les groupements *en familles, en associations locales, en communautés indépendantes sont des faits historiques, des événements auxquels se trouvent mêlées les circonstances les plus diverses, auxquels participent souvent les volontés humaines.* Mais, dès que ces groupements, provoqués par les nécessités de la vie, ont eu lieu, la *société politique, l'Etat* sensu lato, *se forme immédiatement, de plein droit, sans aucune manifestation de volonté; sans contrat.* En effet, tous les éléments de la société politique existent immédiatement. Chaque individu a droit à tout ce qui la constitue, c'est-à-dire à la sauvegarde de sa vie et de sa liberté. Chacun est débiteur des obligations, auxquelles la société civile donne naissance, obligation de contribuer à la défense commune et au bonheur de tous, obligation d'obéir à l'autorité qui devra nécessairement se produire pour régler et diriger toutes les activités en vue du bien général (56). La Société politique existe, bien que son fonctionnement, sa mise en train puissent encore tarder quelque temps, bien que son organisation, c'est-à-dire l'institution du pouvoir, puisse être différée.

Peu importe que la dérivation soit immédiate ou médiate : l'essentiel c'est que l'on soit d'accord pour affirmer que la société politique vient de la nature même, d'une nécessité Providentielle, de l'ordre moral établi par le Créateur de l'humanité.

(56) De Vareilles-Sommières, page 63.

98. Facteurs agissant sur les institutions politiques. Nous laissons à la Sociologie, (c'est l'un des problèmes les plus complexes et les plus intéressants qu'elle doit étudier), la recherche et l'analyse des causes, des influences,des facteurs de toutes sortes qui peuvent agir sur la formation et le développement des sociétés politiques. *Aristote, Bodin, Montesquieu* et même *Rousseau* ont écrit sur ce sujet des pages demeurées célèbres.

Certains historiens modernes, *Botta* en Italie (Storia d'Italia), *Bukle* en Angleterre (History of civilisation), *Erskine May (Démocraty in Europe 1877)*, ont repris l'étude des influences géographiques, climatériques, ethnographiques, sur la vie des Etats. Et le sujet est au premier plan de ceux que tentent d'élucider Comte, Hertert Spencer et les Sociologues modernes, *Guillaume de Greef* par exemple (Introduction à la Sociologie).

E. de Laveleye, dans son dernier ouvrage (tome I) aborde aussi le problème et consacre notamment à la question des nationalités l'un de ses plus beaux chapitres. Tout récemment (57) un professeur français, M. *Charles Turgeon*, dans un article qu'il intitule *La nation*, détermine avec sagacité le rôle des multiples éléments, qui peuvent concourir à la genèse d'un peuple, d'un Etat (sensu-lato) : la race, le milieu géographique, la langue, la religion, l'autorité publique, l'histoire, la conscience ou le sentiment national; il faut y ajouter les relations internationales. Bornons-nous à donner les conclusions indiquées par de Laveleye (58). Elles se résument en ceci : L'action *des causes physiques*, signalée par beaucoup d'auteurs, disparaît au fur et à mesure que la civilisation se développe. Il en est de même *des causes ethnogra-*

(57) **V. Revue de Droit public. Juillet-Août 1898, p, I, ss. — V. aussi Van Rest, Platon et Aristote, p. 422. — P. Janet. Histoire de la science politique II, p. 125, p. 405.**

(58) **V. également *Palma*, Questioni Costituzionali et Corso di Diritto Costituzionale I, p. 21.**

phiques, de l'action exercée *par l'identité des origines et la communauté de langage.* Ces dernières causes, les questions de race et de nationalité (59), produisent de véritables bouleversements dans les Etats, dès que s'y développent les libertés publiques, le régime parlementaire, les idées démocratiques. Mais quand la civilisation progresse, les influences morales et politiques, l'accord des intérêts, les

(59) La question des nationalités a fourni à *de Laveleye* l'occasion d'écrire le plus beau chapitre de son dernier ouvrage. Tome I, (Le gouvernement dans la démocratie, page 53).

Il définit la nationalité, un groupe d'hommes unis par l'identité des origines, de la race, de la langue (nationalité naturelle) ou par la communauté de souvenirs, de l'histoire, des intérêts (nationalité volontaire).

Il entend par question des nationalités (aussi redoutable que la question religieuse ou la question sociale) ce mouvement qui porte certaines populations ayant la même origine et la même langue, mais faisant partie d'Etats différents, à se réunir en nouvel Etat indépendant.

La question des nationalités a affranchi la Grèce, la Roumanie, la Serbie, la Bulgarie, la Roumélie. Elle a fait l'unité de l'Allemagne et de l'Italie. Elle agite sans répit les populations de l'Autriche et de la Turquie.

De nombreuses nationalités sont dépecées et partagées entre divers Etats. Cet état de choses existe depuis des siècles. Comment se fait-il que la question prenne aujourd'hui de telles proportions ? M. de Laveleye répond : parce que la liberté et le régime parlementaire se sont introduits partout. La question des nationalités est née de la diffusion des lumières, du progrès même de la civilisation, du développement des idées démocratiques.

Où aboutira ce mouvement ? Il ne soulèvera, dit M. de Laveleye, que les peuples arriérés, mal gouvernés et opprimés. Les peuples avancés de notre occident échapperont à ce mouvement.

A mesure que la culture d'un peuple s'élève en effet, l'identité d'idiome et de sang exerce sur lui moins d'empire; les sympathies morales en exercent davantage. Au-dessus des nationalités ethnographiques, il y a des nationalités politiques, électives peut-on dire, ayant leurs racines dans l'amour de la liberté et le culte d'un passé glorieux, dans l'accord des membres, dans la similitude des mœurs, des idées, de tout ce qui fait la vie intellectuelle. La Suisse avec les Allemands, les Français, les Italiens, la Belgique avec les Flamands et les Wallons en offrent de frappants exemples.

Le mouvement des nationalités conclut de Laveleye, n'est qu'une phase, qu'un moment du progrès, de la civilisation. Je crois que les peuples de l'Europe Occidentale l'ont déjà franchi. Ce mouvement n'exercera d'action profonde que sur les Etats, qui sont encore attardés dans les situations créées par le Moyen-Age. Il y aura des effets révolutionnaires peut-être, mais en tous cas bienfaisants : il poussera les races encore engourdies à sortir de leur sommeil, à se relever, à cultiver leur littérature, à développer toutes les aptitudes dont elles sont douées.

traditions et les souvenirs historiques (60), la similitude des mœurs et des idées, finissent par l'emporter.

La formation des Etats peut aussi dépendre *de causes internationales.* Aucune nation, en effet, ne doit troubler la paix universelle, ni rompre les traités légitimement conclus. La Belgique a compris cette vérité, et c'est en donnant à l'Europe les satisfactions qu'elle réclamait, que le Congrès national, le gouvernement et les Chambres ont réussi à mettre sous la sauvegarde des traités les résultats de notre glorieuse révolution (61).

§ 3. — L'idée de l'Etat (*Sensu lato*).

99. Transition. Après avoir décrit la société politique dans les éléments qui la composent, qui lui donnent son aspect extérieur et distinctif, il semble nécessaire d'examiner à présent sa consistance intime, son idéal d'existence, sa nature morale.

Après en avoir fait en quelque sorte l'anatomie, étudions-la physiologiquement, et cherchons à découvrir son principe de vie intérieure, la loi fondamentale de son développement, de sa perfection : après en avoir défini le concept, essayons d'en déterminer *l'idée.*

60) «Les peuples, dit Bluntschli (I,p.72) sont des formations de l'histoire.. Un peuple se forme lentement, par une sorte de développement psychologique, qui amène peu à peu, dans une masse d'hommes, un caractère propre et une communauté de vie s'affirmant par l'hérédité. Pour créer un peuple, il faut le lent travail de gestation... Les peuples se forment par l'action concurrente de plusieurs forces, de plusieurs facteurs, propres à pénétrer les masses d'un esprit commun, d'intérêts semblables, d'habitudes analogues, et à les séparer des autres hommes. Les plus importantes de ces forces sont la religion, la langue, la communauté de demeure, de manière de vivre, de mœurs, d'occupations, et aussi l'union politique.

(61) Voyez sur ce sujet le livre cité de l'abbé de Lannoy : Les origines diplomatiques de l'indépendance Belge. — Louvain, Ch. Peeters.

Pour certains auteurs, la société politique n'est possible, elle ne peut se constituer et se conserver comme unité organique et permanente, que par le moyen de la force matérielle. Pour d'autres, il n'y a d'autre principe d'unité que la religion, c'est-à-dire la communauté de culte et de croyances. Que faut-il penser de ces affirmations ?

100. La force. Là où le pouvoir n'a d'autre raison d'être ni d'autre soutien que la force, il n'y a pas d'Etat véritable, pas de société politique. L'esclavage apparaît comme un fait et comme une nécessité ; il n'y a d'autre lien social que celui qui résulte de la contrainte ; il n'y a ni idéal commun, ni esprit de solidarité. En vain y chercherait-on des traces de volonté, de conscience nationale. Aristote déjà veut que la cité soit composée d'hommes libres (*Politic.* III, 6); et bien que, pour lui, l'esclavage subsiste, et de droit naturel englobe l'immense majorité des individus, il qualifie de tyrannies les gouvernements qui ne recherchent que leur intérêt particulier, et d'esclaves leurs sujets. *J.-J. Rousseau*, dans son *Contrat social* (Livre I, ch. V) développe en termes éloquents la même pensée. « Il y aura, dit-il, toujours une » grande différence entre soumettre une multitude et régir » une société. Que des hommes épars soient successivement » asservis à un seul, en quelque nombre qu'ils puissent être, » je ne vois là qu'un maître et des esclaves. je n'y vois » point un peuple et son chef : c'est, si l'on veut, une aggré» gation, mais non pas une association : *il n'y a là ni* » *bien public, ni corps politique.* Cet homme, eût-il asservi » la moitié du monde, n'est toujours qu'un particulier ; son » intérêt, séparé de celui des autres, n'est toujours qu'un » intérêt privé. Si ce même homme vient à périr, son » empire après lui reste épars et sans liaison, comme un » chêne se dissout et tombe en un tas de cendres, après que » le feu l'a consumé. »

101. Théocratie. Quant à la religion, la paix et l'union sociales trouvent certes en elle un précieux appui. Mais, si elle est pour la vie sociale l'un de ces éléments, l'un de ces facteurs bienfaisants dont la Sociologie doit affirmer l'importance, il faut toutefois remarquer que ce facteur n'est pas par lui-même la cause vitale, l'élément interne et organique du corps politique. C'est dans les théocraties seulement que la religion joue ce rôle, tient cette place : les rois y règnent comme fils de Dieux, comme envoyés du Ciel, et monopolisent entre leurs mains la plénitude des pouvoirs temporel et spirituel. — Les publicistes s'accordent à considérer les théocraties comme réalisant dans l'histoire un progrès (62). Ils les représentent comme venant substituer, au régime de la force et de la contrainte, un élément d'un ordre plus élevé, un sentiment moral, la piété, la crainte religieuse. « Tant que le » caractère de la masse de la population ne fut pas moulé » par ce principe, le règne du Droit ne pouvait commencer, » dit Burgess ». (*Political scienee* I, p. 60).

102. L'Etat universel. *Bluntschli* (63) et beaucoup d'auteurs après lui, *Burgess* (64) notamment, traitent distinctement de la nation ou du concept de l'Etat et de son idée. Bluntschli entend par idée de l'Etat (*sensu lato*) la détermination de l'Etat parfait, tel qu'on le peut concevoir au terme final de ses progrès : c'est pour lui l'humanité tout entière juridiquement organisée en empire universel. L'idéal d'Alexandre le Grand, de Jules César et des empereurs germaniques, après avoir troublé l'imagination de l'auteur de la *Divine Comédie* (*De Monarchia*) et hanté le cerveau de Napoléon I[er], pénètre donc, sous des formules précises et raisonnées, dans un traité de science sincère et solide. Y faut-il voir autre

(62) *Laurent*. Etudes sur l'histoire de l'humanité, I. p. 98.
(63) Théorie générale de l'Etat. Liv. I., chap. I et II.
(64) Political science and constitutional law, t. I.

chose qu'un rêve, qu'un hors d'œuvre, fruit de l'enthousiasme plutôt que d'une raison calme et réfléchie ? *Vinet* (65) et *Laurent* (66) se sont donné la peine d'examiner et de réfuter, avec un grand luxe d'arguments, les vues de Bluntschli sur l'Etat universel, sur l'organisation générale du monde (67). Si des progrès considérables sont possibles, désirables, prochains peut-être, ce ne peut être dans le sens d'une organisation politique unitaire, impériale ou républicaine, étendue à l'humanité tout entière, mais dans le sens d'une amélioration et d'une règlementation plus complète et plus sage des rapports entre les Etats existants. C'est la Société internationale qui progressera au fur et à mesure que les règles et les institutions du Droit des gens se développeront et se perfectionneront.

103. Théorie d'Aristote et de St Thomas. Il convient pourtant de ne pas renoncer à la recherche de l'idée de l'Etat, de son principe de vie, de développement et de perfectionnement. — Or, qui dit développement progrès ou perfection exprime un rapport, une relation avec

(65) L'individualisme et le socialisme.

(66) Histoire du droit des gens, I, p. 39 et ss.

(67) La question est du domaine de la *Sociologie*.

D'innombrables causes s'opposent invinciblement à l'unification politique du genre humain. On peut opposer à la théorie de l'*Etat universel les objections suivantes* :

1° Bien que les progrès de la civilisation développent l'esprit de solidarité humaine et multiplient les communications entre tous les hommes, il faut reconnaître que la différence de *races*, de *langues*, de *mœurs*, d'*intérêts*, de *situations* géographiques, de conditions climatériques et autres s'opposent à la constitution de l'humanité toute entière en un seul corps politique.

2° Le but de la société humaine, c'est le progrès général. Les Etats nationaux sont les instruments de ce progrès ; ils remplissent le but. L'Etat universel est donc inutile, dit Laurent. — Il ajoute même que l'Etat universel serait nuisible au progrès des *nations*. « Dieu, disait *M. Macors* (cours manuscrit de 1860) n'a pas voulu confier à un seul peuple l'œuvre du progrès. Soumettant les peuples à des alternatives de grandeur et de décadence, il a voulu que, si le flambeau du progrès venait à s'éteindre dans un Etat, il pût se rallumer dans un autre. Il a voulu que tous les Etats concourent au progrès de l'humanité. De là, les aptitudes diverses des peuples et les obstacles insurmontables à l'unification du genre humain en un seul Etat. »

un but, avec une fin. — Une chose est d'autant meilleure, d'autant plus parfaite, qu'elle se rapproche davantage d'un idéal, qui est sa fin ou son bien. Les philosophes sont d'accord pour définir l'**idée** : « la conception que l'on doit se faire d'une chose d'après sa fin. L'idée de l'Etat (*sensu lato*), de la société politique, sera donc la notion qu'il faut s'en faire d'après le but, pour la réalisation duquel il est institué.

Aristote et *St Thomas* ont sur ce sujet une théorie profonde et vraiment scientifique. Aristote prend comme point de départ l'idée de bien commun, qui est le but de la société politique, et au nom duquel le souverain a le droit de commander, et les sujets le devoir d'obéir.

C'est dans la coopération morale qui résulte de cette loi du bien public imposée au pouvoir comme aux citoyens, manifestée extérieurement par des croyances et des volontés communes, par ce qu'on a appelé la *conscience collective ou nationale* que réside le principe de l'unité sociale, le *principe* créateur, conservateur et directeur *de la société politique ;* laquelle trouve en lui sa raison d'être, sa fin, ses conditions de perfectibilité.

C'est d'après un excellent livre, publié en Italie, sur St Thomas, *Le Teorie politiche di San Tommaso*, par *Antonio Burri* (1884) que nous allons exposer sommairement la théorie commune d'Aristote et de St Thomas, celui-ci n'ayant fait que reproduire les idées de celui-là, sous la seule réserve que, pour St Thomas, la mission des Etats est limitée à l'ordre temporel et subordonnée à la fin supra-terrestre de l'humanité (68).

104. L'unité politique.

L'*unité politique* résulte, pour Aristote et St Thomas, de deux faits concurrents : 1° la composition complexe et organique de la société, formée non simplement d'individus réunis en un groupe, mais d'individus groupés

(68) *Burri*, page 24.— *T. Meyer S.-J.* La question ouvrière et les principes fondamentaux de la Sociologie chrétienne. Traduction de l'allemand, 1893, p. 48 ss.

d'abord en sociétés ayant chacune leur fin propre, familles, agglomérations locales, associées à leur tour en un plus vaste groupement qui forme l'Etat et qui, lui aussi, a sa propre raison d'être : pourvoir à des besoins plus généraux ; 2° l'idée de solidarité, le sentiment d'altruisme, la vertu de charité (*Amicitia*), qui se manifeste au sein de tous ces groupements, et au service de la complexité des besoins et des buts et qui, non seulement en maintenant chacun à sa place, mais en obtenant de tous une coopération active à la poursuite du bien général, réalise l'accord des *esprits*, des *cœurs* et des *volontés*.

Ce n'est pas, comme le pensait Platon, la communauté de biens externes, femmes, enfants, propriétés, qui peut produire l'union, la paix sociale : les dissensions auxquelles donnent lieu la corruption et les passions humaines rendent, au contraire, impossible le communisme ; et la paix sociale est plutôt assurée par certaines distinctions et certaines inégalités, nécessaires au maintien de l'harmonie : *Inter cives expedit ad civitatem servandam, ipsorum divitias esse distinctas.* (De regimine principum, l. IV, ch. IX).

Le lien social est un lien interne, moral : c'est l'amour, l'amour des autres s'entend, l'esprit d'*altruisme* ou de solidarité sociale. *Omnia tamen unita in vinculo societatis, quod est amor suorum civium.* (De regimine principum, liv. IV, ch. IV). — L'amour réciproque des citoyens les uns pour les autres engendre dans la société un état d'harmonie, *la paix*, qui maintient chacun à son rang, assure l'accomplissement de tous les devoirs, tant des citoyens entre eux que des citoyens vis à vis du pouvoir, et fait vivre tous les membres d'un même corps politique d'une même vie.

Cet amour du prochain a des degrés et des formes diverses, dans les diverses sociétés où il surgit et agit : partout il apparaît comme le sacrifice de soi-même à autrui, le sacrifice d'un bien particulier à un bien plus général. Et ce sentiment unique va toujours s'étendant, s'élargissant, unit entre elles, non seulement les personnes, mais les sociétés super-

posées, et groupe à la fois les uns et les autres en un seul tout moral, qui est l'Etat (*sensu lato*), la société politique. Ce sentiment est donc bien le principe vital ou, si l'on veut, l'âme du corps social.

Donc, superposition de sociétés ayant des buts distincts, mais dépendant l'un de l'autre, idée d'un bien général sollicitant l'adhésion des esprits et la coopération des volontés, provoquant l'alliance des cœurs, les dévouements réciproques, l'union des efforts ; tel est, suivant Aristote et St Thomas, l'élément éthique, qui donne à la société son intime unité. *Cicéron*, (De republica, I, 25) exprime la même pensée : *Populus autem non omnis hominum cœtus quocumque modo congregatus, sed cœtus multitudinis juris consensu et utilitatis* COMMUNIONE *congregatus*. C'est la communion ou la participation des esprits, des cœurs, des volontés à la recherche, à la défense et à la conquête du bien commun, qui crée le lien social.

104. Personnalisation de la société politique.

Les auteurs modernes négligent ces notions, ou les dénaturent, ou en tirent des conséquences outrées. Beaucoup notamment n'hésitent pas à *incarner* cette union des esprits, des cœurs et des volontés, à individualiser la conscience nationale, à personnaliser la société politique, à en faire un tout vivant, un être moral complet, ayant une existence et un développement aussi réels que l'individu lui-même. *Bluntschli* va jusqu'à rechercher le sexe de l'Etat, pour se donner sans doute le puéril agrément de lui assujettir l'Eglise, qu'il dote du sexe féminin.

« La France, quelle est cette femme ? » disait de Maistre, cité par de Laveleye (69). Pas plus que la famille, la société politique n'est une personne ; elle n'est qu'une communauté, une association de personnes. — La Philosophie et le Droit

(69) I, p. 26. — Tout ce chapitre IV est à lire, bien que l'intitulé en soit inexact.

ne répugnent pas sans doute aux fictions. Dès qu'elles sont nécessaires, ou simplement utiles, elles se font même aisément accepter. Mais il n'y a nul intérêt à personnaliser la société politique. Impossible d'imaginer un droit dont elle serait titulaire, ou une obligation dont elle serait débitrice comme telle.

Il n'est pas rare, certes, dans le langage usuel, d'entendre parler de la société politique, de ses droits, de ses devoirs, de ses volontés. Si l'on veut bien y prendre garde, l'on s'apercevra aisément qu'il n'y a dans cette manière de s'exprimer qu'une métaphore, aisée à expliquer, mais qu'une terminologie scientifique rigoureuse condamne. Comme nous le verrons ci-après, c'est *l'Etat pouvoir* que le Droit moderne, mais non l'Etat (*sensu lato*), individualise.

105. Théorie organique

La plupart des publicistes modernes, pour caractériser l'unité intime que présente la société politique, se plaisent à parler de son caractère organique. L'*organisme social :* il n'est pas d'expression plus en vogue, dont on ait tant usé et abusé.

Les adeptes du matérialisme n'hésitent pas à faire de la société un *organisme matériel*, un tout physique vivant, un animal.

D'autres se servent du mot par simple image, par métaphore, pour mettre en relief la variété et la complexité des éléments composant la société, qu'ils ont bien raison de ne pas considérer comme une simple aggrégation d'individus. Pour de Cepeda, par exemple (70), la qualification d'organique veut dire que la société n'est pas le résultat immédiat de l'union d'individualités, mais celle d'autres groupes inférieurs réunis en un plus grand. — C'est l'école historique allemande qui a le plus contribué à faire admettre la nature

(70) *De Cepeda*, professeur à l'Université de Valence. Eléments de Droit naturel. Traduction Onclair, page 105.

organique de l'Etat (*sensu lato*); l'idée et l'expression ont été facilement acceptées par les adversaires des théories *individualistes* ou *atomistiques* de la société, par les *sociologues* (71) et, en outre, par de très nombreux écrivains préoccupés d'opposer à la souveraineté populaire la doctrine de la souveraineté nationale. La difficulté est de s'entendre sur le sens exact du terme *organique* et sur la signification précise de la théorie. Les explications qu'on peut lire sur ce sujet dans Fouillée (72), dans Schäffe (73), dans Herbert Spencer (74), dans Bluntschli (75) relèvent de l'imagination. Le *Marquis de Vareilles-Sommières*, qui les réduit à néant dans un chapitre étincelant de bon sens et de verve, ne voit dans le *caractère organique* affirmé de l'Etat qu'une abréviation de langage commode, usuelle, qu'une métaphore ingénieuse, utile, fondée sur d'intéressantes analogies, mais rien de plus (76).

106. L'Etat, organisme moral.

L'écrivain italien, *Antonio Burri*, dans son étude sur *Le teorie politiche di San Tommaso*, maintient pour l'Etat (*sensu lato*) la qualification d'organique, et démontre longuement que la doctrine d'Aristote et de S[t] Thomas commande de considérer, en effet, l'Etat comme un organisme, mais *un organisme moral ou spirituel* (77). Il définit l'organisme un système d'éléments vivants unis de telle sorte que la vie de chacun conditionne la vie de tous les autres. et que la vie de l'ensemble en dé-

(71) Pourtant l'idée d'organisme social a été répudiée lors du dernier Congrès de Sociologie.

(72) La science sociale contemporaine, Livre I.

(73) Baù und Leben des Socialen Körpers, t. I.

(74) Principes de Sociologie, t. II, chap. VI et 3.

(75) Théorie générale de l'Etat, p. 14 ss.

(76) Principes fondamentaux, p. 169 ss.

(77) M. Crahay indique, dans une note, que la question n'a pas été traitée et professée par S. Thomas. — Meyer (v. la note 68) oppose la théorie chrétienne de l'organisme social de S.Thomas à la théorie païenne renouvelée par les contemporains, mais il omet d'exposer le fond même de la théorie.

pende également (78). Cette notion peut trouver son application dans le monde moral. Ce monde est composé de volontés, c'est-à-dire de forces dirigées vers des fins. Quand une même fin actionne plusieurs forces, elles prennent des directions identiques et s'affirment comme force unique.

Or, il y a dans la société un système de forces dépendantes l'une de l'autre sous l'action d'une fin immédiate qui les actionne, les forces s'unifient d'abord en forces plus complexes, lesquelles, sollicitées à leur tour par une fin supérieure, sont aussi amenées à l'unité. A l'ensemble systématique des fins correspond donc l'organisation des forces. Il ne s'agit évidemment ici que de forces morales, d'intelligences raisonnables, libres, conscientes du but à atteindre : d'où la conséquence, que l'organisme social n'existe que s'il s'est développé au sein de la nation un ensemble d'idées, de volontés communes, de dispositions générales à coopérer ensemble au bien public. « C'est l'unité de pensée qui organise les forces morales » (79). Or, dans l'existence de la société politique, les forces morales qui en sont les éléments actifs, sont unifiées par la communauté des fins à atteindre ; elles y tendent nécessairement dans tous leurs actes. Qu'elles s'attachent à la réalisation du bien commun, ou qu'elles poursuivent leur bien particulier, jamais elles ne doivent s'entre déchirer, puisque le bien propre à chacune est condition de but commun et *vice versa*. La connexion des buts associe les activités, et du tout, et des parties ; les parties, et le tout sont astreints à se tenir d'accord et à réaliser l'harmonie, la *paix sociale*. L'idée de la société politique, pour St Thomas, est donc bien celle d'un organisme moral établi par l'étroite relation des fins assignées à l'ensemble et aux éléments composants et par les rapports réciproques produits entre eux par l'action de ces fins. Les familles, les

(78) L'idée de l'organisme, dit Loomans, c'est l'idée de parties diverses, unies par la nature pour un but commun, participant à la même vie et se développant d'une manière continue. *Des Sociétés nécessaires*, page 6.

(79) *Burri*, page 21. — *Taparelli*. Droit naturel, II, ch. I, n° 304.

communes sont déjà des organismes ; en se groupant en Etat, elles ne font que s'unifier, pour une fin plus élevée, en une association plus vaste qui, les unit organiquement.

L'homme, créature intelligente et libre, est, comme individu, une force morale; un groupe d'hommes formés en famille, en commune, a la même nature ; les citoyens, les familles les agglomérations locales, tous les éléments de la société politique sont des forces morales : cette société ne peut être non plus qu'un organisme moral.

Le lien qu'on y découvre, qui en cimente les parties, est aussi un lien moral : il est formé sous l'influence des fins diverses coordonnées vers une fin totale par la communauté de pensées, de volontés, de sentiments.

107. Le principe d'unité politique n'est-il pas le Droit ? *(Vinculum juris).*

Peut-être dira-t-on que si la cohésion sociale ne résulte pas d'attaches physiques, du moins elle est l'œuvre du Droit et que l'empire du Droit se distingue essentiellement de celui de la Morale, par la contrainte, dont il est sanctionné.

Cette opinion ne confond-elle pas la cause et l'effet ? Le Droit, au lieu d'être cause de l'unité sociale, n'est-il pas plutôt le résultat de cette unité, l'expression de l'esprit public, de la conscience nationale, en un mot de la communauté des idées et des volontés,produite elle-même par l'identité de nature en tous, de fins pour tous,de buts entrevus et poursuivis par tous?

Ajoutons que la contrainte n'est qu'un élément accessoire, une modalité accidentelle du Droit. L'empire du Droit est essentiellement un empire moral. Que deviendraient les Etats si leur unité, la paix sociale, l'accomplissement par tous de leurs devoirs d'assistance mutuelle dépendaient uniquement de la contrainte physique ?

La société digne de ce nom exclut précisément la force, la contrainte. Elle implique une obéissance réclamée par le pouvoir au nom de la justice et de l'inté-êt général, et prêtée,

en retour, par devoir, par un esprit de coopération volontaire (80). Il faut que l'organisation politique devienne un instrument de sauvegarde et de défense des intérêts vitaux de la société, de la vie des citoyens, des libertés publiques, des grandes institutions sociales : famille, propriété, contrats, et qu'en retour, les liens de la cohésion créés par le despotisme soient remplacés par les plus nobles liens du patriotisme, de la raison et du consentement efficace (81). Le progrès politique consiste essentiellement dans cette transformation de l'esprit public en esprit de solidarité, de libre dévouement à la chose publique. C'est donc d'un concours volontaire des citoyens que la société politique subsiste et se développe. M. *Alfred Fouillée* a pu écrire (82) une étude pour démontrer que si le contrat social ne fût pas l'origine historique de l'Etat, du moins la forme contractuelle forme l'idéal vers lequel tendent aujourd'hui les sociétés politiques.

« Parvenue à sa maturité, la nation nous apparaît, dit M. » Turgeon, comme un phénomène de volonté : en ce sens » d'abord, qu'elle n'est pas une association forcée, une en» ceinte fortifiée, d'où les mécontents ne pourront s'éva» der ; en ce sens, que nul n'est Français qui ne veut, et que » par suite, la soumission à notre souveraineté est consciente » et spontanée ;.... en ce sens enfin, que *la nation suppose un* » *pacte social incessamment renouvelé, un accord* tacite dans » les idées, dans les désirs, dans les espérances, dans la » poursuite d'un idéal collectif, où les destinées particulières » conspirent au destin général, où les individus subordon» nent leurs agréments particuliers au bonheur et à la » grandeur de l'ensemble. » (83)

« Une nation dit *Renan* (84), c'est le consentement actuel,

(80) Political science quatesly. Article cité de Malcom Platt. Juin 1895.

(81) *Ibidem.*

(82) « Revue des Deux Mondes », n° du 15 avril 1879.

(83) « Revue du Droit Public. » Juillet-Août 1898, p. 32 ss. Etude de M. Turgeon, professeur à l'Université de Rennes.

(84) Discours et conférences, 2e édition, p. 307.

» le désir de vivre ensemble, la volonté de continuer à faire » valoir l'héritage qu'on a reçu indivis. » « Une nation, » dit-il encore, est une grande solidarité constituée par le » sentiment des sacrifices qu'on a faits et de ceux qu'on est » disposé à faire. L'existence d'une nation est un *plébiscite* » de tous les jours, comme l'existence de l'individu est une » perpétuelle affirmation de la vie. »

La relation de souverain à sujet, dit Platt, *se change graduellement en esprit de solidarité.*

108. Le Kantisme. A la différence du Platonisme qui faisait consister le lien politique dans la communauté de biens extérieurs, à la différence du Kantisme, qui fait appel, lui aussi, pour unifier la société politique, à un élément externe et mécanique, l'Etat gendarme, à la contrainte juridique exercée par le pouvoir en vue d'établir et de maintenir la paisible coexistence des hommes, la théorie que nous venons d'exposer, admet comme principe d'unité sociale un élément spirituel, un principe de même nature que l'homme lui-même.

Burri (85) fait remarquer que le Kantisme creuse un abîme entre l'Etat et la liberté, les place en face l'un de l'autre en état de guerre, et par conséquent abaisse l'autorité, et donne à la liberté, comme à l'autorité, un champ d'action sans bornes. Les individus, les familles et les autres sociétés naturelles sont émancipées de leurs devoirs sociaux.

Il n'y a plus que des unités, des atomes indépendants ; la société politique est désagrégée, désorganisée. N,est-ce-pas à ces résultats qu'est parvenu le Kantisme pratiquement appliqué par la Révolution Française?

La théorie traditionnelle, au contraire, fait, de l'Etat un élément de sauvegarde, de bien-être, de progrès, élève le principe d'autorité, épure le concept de liberté, assure et maintient l'harmonie, la paix, entre toutes les parties de la société politique. « L'Etat, selon S. Thomas, écrit Burri,

(87) Pages 27 et 28.

» fondé sur l'harmonie et la paix entre tous les mem-
» bres, et qui trouve les conditions de son existence
» dans leur amour réciproque, n'est-il pas le type le plus
» parfait de la société politique que l'esprit humain puisse
» concevoir. De même que, dans l'individu, la perfection con-
» siste dans un juste équilibre entre ses facultés de même,
» dans la société, la perfection réside dans l'harmonie entre
» ses membres. Si celle-ci fait défaut, il est impossible que
» la société atteigne sa fin, et que les individus eux-mêmes
» réalisent leur destinée, puisque la paix seule rend pos-
» sible leur existence et le développement des activités ré-
» ciproques sans collision. »

109. Idée de l'Etat (sensu-lato).

C'est l'idée de l'Etat (sensu lato), de la société politique, que nous cherchons à définir, et nous sommes parvenus à trouver les éléments de la définition.

L'idée de fin est l'idée fondamentale à mettre en relief. « La société politique conçue en idée, écrit Mal-
» com Platt (88), implique une juste conception du but et de
» la fin de l'Etat. » Ainsi l'avaient compris Aristote et St Thomas.

Il convient de plus que la définition affirme la double relation morale établie entre la fin, c'est-à-dire la loi du bien et d'une part le souverain, d'autre part les sujets, la société, considérée tant dans les individus qui la composent, que dans les organismes naturels qu'elle présente.

Cette fin sollicite la nature humaine toute entière. Elle s'adresse aux individus corps et âmes.

Cet idéal agit sur les intelligences et produit des croyances communes, un esprit national. une conscience collective.

Il agit sur les cœurs et produit des sentiments communs, la solidarité sociale, le dévouement réciproque.

Il entraîne aussi les volontés et les activités ; il unifie les décisions et les actes ; il détermine des volontés communes

(88) Political science quaterly, juin 18.5. — Burri, page 23. — Coleridge: Church and State, page 10.

et produit une coopération universelle et constante.

L'idée de la société politique est donc celle d'un organisme, d'un tout moral composé d'êtres personnels naturellement unis entre eux d'esprit, de cœur et de volonté, pour des fins diverses subordonnées à une fin totale (87), *entrevue et poursivie en commun, par les libres efforts de chacun, suivant son individualité* (88) *et l'assistance tant individuelle que collective de tous.*

Nous entendons par *assistance collective* l'assistance des groupes ou sociétés, soit volontaires, soit naturelles formées au sein de l'Etat, et nous voulons faire allusion surtout à l'aide que chacun peut réclamer des autorités politiques et sociales.

La *société* est donc débitrice d'assistance ; l'assistance sous toutes ses formes est pour l'individu un droit, mais ce droit n'est pas exigible seulement du pouvoir public, de l'Etat (*sensu stricto*) ; les éléments de protection et de développement, auxquels nous pouvons prétendre, nous devons les demander à nos concitoyens, à nos familles, aux communautés, et autorités locales, aux associations libres (89). Il ne faut pas, en définitive, confondre le but de la société que nous venons de définir avec la mission de l'*Etat-pouvoir*, lequel n'est dans la société politique qu'un organisme de direction, que l'une des parties d'un tout, dont *toutes les parties* doivent coopérer au but commun.

(87) Idéal social de sécurité, de bien être, de justice, de civilisation.

(88) A revoir, sur ce sujet, le fécond enseignement de Ch. Loomans (Cours de Droit naturel).

(89) « Tous les caractères des sociétés nécessaires, écrit *Charles Loomans Des Sociétés nécessaires*, page 9) se résument dans une idée unique, féconde en conséquences, celle de *l'organisme moral* participant à un même esprit, comprenant des membres unis par la nature pour un but commun et se développant d'une manière continue... La société humaine est un organisme moral dans lequel tous possèdent les droits de la personne pour le bien de tous; et cette société comprend des organismes moraux divers, coordonnés entre eux pour des fins diverses et pour une fin totale, tous ayant leurs droits naturels, sans lesqnels il ne peuvent accomplir la destination qui leur appartient, tous unis entre eux, et se rendant des services divers et réciproques ».

CHAPITRE II.

LA
THÉORIE DES DROITS INDIVIDUELS

Sommaire : § 1. Fondement, notion et division des droits.
§ 2. Des droits civils.
§ 3. Des droits politiques.
§ 4. Des droits publics.

§ 1. — Fondement, Notion et Division des Droits

110. Importance de cette théorie. Après avoir décrit la société politique, *en fait* et *en idée*, indiqué ses éléments constitutifs, et tracé l'idéal auquel elle doit tendre, nous allons étudier — dans les chapitres qui vont suivre — les deux éléments principaux qui la composent : le peuple et le souverain, les sujets et le gouvernement, la liberté d'une part, de l'autre 'autorité ; d'un côté l'homme avec ses droits, de l'autre l'Etat (*sensu stricto*) avec ses pouvoirs.

Occupons nous d'abord des individus et des droits qui peuvent leur appartenir.

Ce sujet rentre-t-il dans le cadre du Droit constitutionnel?

On ne saurait le contester. Notre Constitution ne contient-elle pas un titre entier, consacré à la garantie des Droits ?

La lecture des textes permet même de constater qu'elle stipule des garanties non seulement pour les libertés ou **droits publics** (art. 7 ss.), mais également pour les **droits**

civils (art. 11 — 92 et 109), et pour les **droits politiques** (art. 47 et 93).

Ce classement des droits semble avoir été accepté déjà en 1830. On le retrouve en 1835 dans les leçons professées par *Rossi* à la Faculté de Paris (1), dans le *Traité de Droit public* publié en 1844 par l'un de nos prédécesseurs, F. G. J *Thimus* (2), dans les cours faits à l'Université de Liége par *Gérard Macors.*

Nous éprouvons quelque étonnement à ne rien lire au sujet de ce classement tripartite, ni dans *Giron* (3), ni dans les *Pandectes Belges.*

Le traité d'*Esmein* (4), au contraire reproduit et approuve la théorie de Rossi, et s'occupe, dans un long chapitre, de la notion et de la détermination des droits individuels.

Nous attachons à cette notion et à ce classement beaucoup d'importance ; nous ne pouvons échapper à la nécessité d'en faire l'objet d'explications assez étendues.

Il est, en effet, de notre devoir de ne pas nous contenter, sur ce sujet des formules vides et erronées, qui continuent de troubler l'esprit public.

D'autre part, il convient que nous mettions en relief les particularités remarquables de notre Droit constitutionnel : c'en est une, et des plus notables à signaler, que la manière dont la Constitution Belge comprend et sauvegarde les diverses espèces de Droits individuels.

Enfin, la notion de ces droits, de leur origine, de leur nature, forme la base de tout le Droit public, le fondement de la théorie de l'Etat ; à peine de perdre tout point d'appui pour nos analyses et nos déductions ultérieures, il nous faut

(1) Cours de Droit constitutionnel, recueilli par Porée — tome I, Paris, Guillaumin, pages 9 ss.

(2) Tome I, p. 96 ss.

(3) Le Droit public de la Belgique 1884 — Dictionnaire de Droit public et administratif, 1895.

(4) Eléments de Droit constitutionnel Français et comparé, 2e édition, page 344 ss. 354 ss.

commencer par bien établir cette base, par consolider ce fondement.

111. Fondements philosophiques de la théorie. Qu'est-ce que l'homme? D'où vient-il? Où va-t-il ?

L'on ne peut échapper à cette triple question. Quiconque la néglige, n'y répond pas, ou y répond mal, ne peut prétendre à aucune vérité sociale, ne peut découvrir aucun principe, asseoir aucune théorie juridique.

Et c'est la Philosophie qu'il faut interroger, si l'on veut une solution à ce triple problème.

Le Christianisme y répond depuis des siècles par des formules précises, catégoriques, que la science spiritualiste approuve et confirme.

La **Psychologie** définit la nature de l'homme ; elle en fait un être vivant, gouverné par une énergie consciente et libre, par une âme douée de raison, maîtresse de ses facultés, spirituelle et immortelle.

La **Morale** met en relief la notion de personnalité : c'est l'individualité agissant consciemment et librement par elle-même et pour elle-même, n'étant pour nulle créature un moyen, s'appartenant à elle-même, ou plutôt n'appartenant qu'à sa fin propre, qui est Dieu, son créateur et son Bien.

D'autre part, la Morale étudie les rapports de la liberté avec la loi du Bien, qui s'impose à elle, comme s'imposent à tous les êtres personnels les fins qu'ils doivent poursuivre. Elle met en relief la notion *d'ordre moral*, lequel consiste dans la conformité de la vie à la loi du Bien, et les notions corrélatives de devoir et de droit, d'obligation et de justice.

Mais pour atteindre à la notion de Droit, elle entre dans un domaine, où en prolongeant ses recherches, elle abandonne son nom pour prendre celui de **Droit naturel.**

Le *Droit naturel* cherche à déterminer les principes de justice auxquels doivent être conformes les institutions sociales : pour y parvenir, il ne néglige pas de pénétrer dans le

domaine des faits. A la lumière des principes rationnels, il étudie la société humaine dans sa consistance et dans ses développements historiques. « Le point de départ du Droit naturel, en tant « que distinct de la Morale, écrit *Loomans* (4), c'est la société « humaine, considérée *en fait* et en idée. Cette science se « compose de deux espèces d'éléments organiquement unis : « l'élément matériel, connu par l'expérience, l'élément idéal, « connu par la raison, *à l'occasion de l'expérience*. L'analyse « du fait et de l'idée de la société, et l'application à chaque « *société fondée sur la nature* des principes de Droit qui lui « sont propres : telle est la méthode fondamentale du droit « naturel. »

L'une des principales tâches de cette science est de démontrer le caractère inviolable et nécessaire, non seulement de la Société humaine en général, mais encore, au sein même de la société humaine, de certaines formes sociales universelles, permanentes, Sociétés ou organismes indestructibles : familles — communautés locales (5) — Etats (6) — Société internationale — Société religieuse (7).

Le Droit naturel s'occupe aussi de définir les devoirs et les pouvoirs des individus au sein de la société humaine comme au sein des sociétés nécessaires. Il n'y peut réussir qu'en s'appuyant sur les mêmes principes. « Dans la société des êtres « personnels et physiques, disait Ch. Loomans (8) chaque « membre doit avoir la liberté externe et les pouvoirs divers « au moyen desquels il peut accomplir librement et suivant « son individualité, (9) la fin absolue commune à tous.

(4) Méthode du Droit naturel (Lecture à l'Académie de Belgique, 1890).

(5) Nous croyons qu'on a tort de les omettre.

(6) V. le chapitre suivant.

(7) Voir notre dernier volume.

(8) Cours manuscrit, 1883.

(9) « Les hommes ont même nature, mêmes facultés, même fin. Ils sont égaux, mais l'égalité de nature se combine avec les différences individuelles. La nature humaine commune à tous est réalisée diversement dans les individus : chacun diffère des autres par des qualités innées ou acquises. Ces différences individuelles produisent des développements variés suivant les individus.... ; il faut donc une liberté la même pour tous, mais une liberté capable de développements variés suivant les individualités... : vérité importante par ses conséquences. Le Communisme supprime le développement libre des individus suivant les individualités. » LOOMANS *ibidem*.

L'enseignement de Loomans est continué avec éclat par notre éminent et sympathique collègue, M. Ch. De Jace.

« Tous sont des êtres personnels ; leur bien est leur per-
« fection : tous ont donc la liberté externe et les droits ou
« pouvoirs nécessaires au libre accomplissement de leur fin;
« ces droits sont des conditions de la réalisation du bien. —
« D'autre part, tous sont organiquement unis; ils doivent
« donc concourir à la fin des autres et respecter les droits
« des autres. *En vertu de la fin commune à tous,* il y a donc
« des relations de droits et d'obligations qui doivent exister
« entre tous, par cela même qu'ils sont des êtres humains. Si
« l'on conçoit la personne comme isolée, comme réalisant le
« bien sans les autres, chacun peut dire à l'autre : Votre
« but et vos droits ne me regardent pas.—Il ne suffit pas que
« tous aient même nature ; la fin doit être commune, pour
« qu'il y ait relations de droits et d'obligations. » (10)

Ce rappel sommaire des principes était indispensable pour éclairer la notion des droits.

112. Notion du droit individuel.

Que faut-il entendre par droit au sens subjectif, c'est-à-dire *par droit individuel ?*

Le droit individuel est essentiellement un attribut, un pouvoir, une prérogative d'une personne vivant en société.

Les personnes seules sont sujets de droits.

Ne parlez pas de droit, à propos de choses ou d'idées. Ne dites pas : l'erreur n'a pas de droit ; vous commettriez une dangereuse équivoque ; allez-vous refuser tout droit aux hommes qui se trompent ?

Il ne peut,d'autre part, être question de droit qu'en société. Supprimez l'état social, des devoirs subsisteront pour l'homme isolé ; mais à quoi servirait-il alors de parler de droit. Tout droit suppose relations entre deux ou plusieurs : il implique respect par autrui, exigibilité d'autrui, inviolabilité pour autrui.

On attribue à Mirabeau cette définition : *Le droit c'est l'inviolabilité de la liberté.*

(10) Sois une personne, dit Hégel, et respecte les autres comme des personnes — Qu'est-ce que mon droit à votre respect, écrit Cousin, sinon le devoir que vous avez de me respecter, parceque je suis un être libre ?

Cette exigibilité manque à certains attributs ou pouvoirs correspondant à des obligations purement morales, à de simples devoirs de charité.

Le pauvre n'a pas droit à l'aumône, ni l'homme en général à l'éloge ou à l'amour de son semblable. — La charité s'accomplit librement, elle fait partie des obligations *quæ voluntatis seu officii sunt ;* tandis que les devoirs juridiques, correspondant à des droits véritables, sont dits parfaits ; *juris seu necessitatis sunt* ; leur accomplissement intéresse non seulement la loi du Bien, mais constitue une condition sans laquelle cette loi ne pourrait librement se réaliser dans la Société.

Tout attribut de la personne n'est donc pas un droit. Ainsi, *la liberté ne s'identifie avec le Droit.* Sans doute, les droits personnels consistent proprement dans la liberté externe des uns à l'égard des autres, c'est-à-dire dans la volonté indépendante et libre se manifestant au dehors sans dépendre d'une autre volonté (*Loomans*).

Savigny définissait le Droit « la sphère d'action indépen- « dante, où ma volonté règne sans dépendre d'une autre « volonté ».

La liberté totale n'est pas le droit ; elle ne peut prétendre à l'indépendance, au respect et à l'inviolabilité qui caractérise le droit, en dehors de la sphère tracée par la loi de justice.

Mais gardons-nous d'exagérer cette proposition au point de réduire *le droit individuel à n'être plus que le pouvoir de faire le bien, d'accomplir son devoir.* Wolff, Montesquieu dans certains textes, Emile Saisset ont versé dans cette erreur (11) Ils identifient le droit individuel et la liberté morale ou parfaite ; ils confondent la Morale et le Droit ; ils nient le caractère facultatif, inhérent au Droit individuel, le pouvoir de faire ou de ne pas faire qu'il implique. — Non-seulement le droit comporte la faculté de faire tous les actes indifférents (12), mais il comporte même le *pouvoir* d'enfreindre la

(11) Nous continuons à suivre en tout ceci l'excellent enseignement de Loomans.

(12) Aller — Venir — Travailler — Contracter (Loomans).

loi Morale, de désobéir à la loi du bien, pourvu que l'on ne viole pas la justice, que l'on ne franchisse pas les limites tracées par celle-ci (13). « La liberté en droit est, en effet, plus étendue que la liberté morale. La loi du droit ne règle pas tout « ce qui est bien, mais elle règle la liberté externe de tous, « afin qu'ils puissent accomplir *librement* le bien *suivant « leur individualité.* Elle confère des droits, les mêmes pour « tous et ne peut régler les devoirs moraux, qui sont différents « suivant les individualités et les situations. Elle reconnait, « par exemple, à tous le droit de propriété, mais elle ne peut « régler l'usage que chacun doit en faire. La loi du droit s'abs- « tient souvent où la loi du bien intervient. *La liberté en « droit est donc plus étendue que la liberté morale ; donc il « y a en droit pouvoir de faire ou de ne pas faire certaines « choses, dont la Morale règle l'usage* ». En d'autres termes, la liberté s'exerce à titre de droit dès qu'elle respecte les droits d'autrui et les nécessités du bien commun, « sans « que pour cela elle s'abstienne nécessairement de tout mal ».

L'ordre juridique dans lequel se meut la liberté est plus large que l'ordre moral auquel elle a le devoir de se conformer. La loi de justice, qui a sa raison d'être et son but dans la loi du bien, se borne à tracer pour tous les limites où doit se contenir la liberté externe, pour que soient assurées à tous dans la société les conditions du libre accomplissement de la loi du bien.

Ces notions nous conduisent à définir les droits individuels: **les pouvoirs personnels que comporte en société l'inviolable liberté de chacun dans les limites de la justice.**

113. Éléments constitutifs. L'on s'accorde, pensons-nous, à admettre quatre éléments constitutifs de tout droit individuel :

Premier élément : un *sujet* de droit, une personne (14), un titulaire. — On distingue,

(13) Tout péché, c'est-à-dire toute faute morale n'est pas un délit.

(14) Il sera question plus tard, à propos des attributs de l'Etat, des *individualités juridiques.*

pour certains droits du moins, entre la personne qui a la jouissance et celle qui a l'exercice d'un droit. Le vrai titulaire du droit en a la *jouissance*, c'est-à-dire la propriété ; l'*exercice*, c'est la mise en action du droit ; quand le titulaire est incapable, il faut bien que l'exercice du droit soit confié à un tiers. — Cette distinction ne s'applique pas à toutes espèces de droits (15).

Deuxième élément: un *objet*, sur lequel porte l'exercice du droit. Cet objet existe d'ordinaire en dehors de la personnalité du sujet ; il peut aussi, croyons-nous, consister en une autre personnalité (16). Il peut exister encore dans la personne même du titulaire du droit, dans une qualité sociale de ce dernier ; exemple : état d'enfant légitime.

Troisième élément : un *rapport* entre le sujet et l'objet, rapport qui caractérise, qui explique le pouvoir du premier sur le second.

Quatrième élément: la *sanction* (17). La sanction consiste dans les moyens ou les recours divers établis pour assurer la réalisation du droit, en empêcher ou en réparer la violation. Ces notions vont nous servir au classement des droits individuels.

114. Droits innés Droits acquis

Les droits individuels découlent d'un seul principe : la personnalité de l'homme vivant en société, se développant en elle et avec elle. Il méritent donc tous la qualification de droits de l'homme.

A tous convient la définition que nous avons proposée : Les droits individuels sont les pouvoirs personnels que comporte en société l'inviolable liberté de chacun dans les limites tracées par la justice.

(15) Cette remarque est nécessaire.

(16) Droit paternel de correction sur les enfants.

(17) Parfois la sanction positive fait défaut ; le droit n'est pas reconnu ni protégé; il n'en existe pas moins : il préexiste à toute sanction positive.

L'on distingue pourtant *deux classes* de droits individuels :

Les **droits originaires ou innés** (*jura connata — Grotius*): ils appartiennent à tout individu humain, par le seul fait de son existence. — Ces droits sont donc *absolus* (18), c'est-à-dire *inconditionnés*, puisqu'ils ne dépendent d'aucun fait ultérieur, et *généraux*, puisqu'ils appartiennent à tout le monde, sans même qu'aucun devoir de preuve puisse être requis de personne ; *inaliénables et imprescriptibles*, car l'on ne pourrait les dépouiller ni les perdre sans être privé de personnalité, sans n'être plus sujet de droit, sans se libérer, ou sans être affranchi (choses impossibles !) de l'obligation de poursuivre sa destinée naturelle.

Aux droits originaires ou innés s'opposent les **droits acquis.** Ceux-ci ne sont pas inhérents à l'*existence* humaine ; ils dépendent de certains faits, par lesquels ils sont *conditionnés.* Ils n'appartiennent qu'aux individus, pouvant se prévaloir, en les prouvant, s'il y a lieu, de certains modes d'acquisition. Loin d'être généraux, ils sont donc *particuliers.* Si le droit à la propriété est originaire et général, la propriété des choses elle-même est un droit particulier. Combien de gens ne sont pas propriétaires ? — Les droits particuliers se transmettent ou s'éteignent aussi à la suite de faits spéciaux, analogues aux modes d'acquisition : la plupart (19) sont donc *aliénables et prescriptibles.*

Autre différence, peu remarquée, entre les droits originaires et les droits acquis : les premiers ne supportent pas de distinction entre la jouissance et l'exercice des droits, pas plus qu'entre titulaires capables et titulaires incapables. Ne pas exercer un droit inné, ce serait ne pas vivre ou cesser d'exister, puisque ces droits sont inhérents à l'existence, et ne pas être capable de les exercer, serait n'avoir plus les attributs de la personnalité, n'avoir plus de nature propre à conduire, par la liberté, au but voulu par le Créateur.

(18) *Ne pas confondre avec illimités.*

(19) Les droits *d'autorité* sont inaliénables et imprescriptibles.

115. Erreurs des théoriciens et des politiciens

Ces notions, ignorées de l'antiquité, issues des principes du christianisme, ont pris corps dans la Science du Droit naturel.

Mais elles ont été corrompues par les partisans de l'*état de nature*, par *J. J. Rousseau*, ses précurseurs et ses disciples : les théoriciens et les politiciens de l'Ecole Révolutionnaire.

Leur *première erreur* a été de considérer les droits individuels comme des attributs humains, antérieurs à tout état social, de les croire possibles en dehors de la société et de ses formes nécessaires, de supprimer ainsi, à côté de ces droits, les obligations qui y sont corrélatives et qui dérivent de ce que les hommes non seulement vivent nécessairement dans la société humaine en général, mais sont en outre, *velint, nolint*, membres d'autres sociétés naturelles.

Une *autre erreur* a consisté à concevoir les droits de l'homme comme illimités, à proclamer intangible la liberté totale, sans restriction, à l'ériger en Droit absolu et universel, alors que'lle est nécessairement subordonnée aux exigences de la justice, dont l'ordre juridique est, dans chaque pays, l'expression variable et contingente.

Troisième erreur : les théoriciens de 89 ont eu l'illusion de croire que les droits de l'homme pouvaient être réduits en formules précises et rigides, à un certain nombre de catégories déterminées et immuables; que la Raison se devait à elle-même de dresser le Code détaillé des Droits naturels, à faire respecter partout et toujours par les gouvernements. Ils oubliaient, c'est une remarque que *Loomans* attribue à Thiers(20) que *les principes de liberté et d'égalité ne forment pas un ensemble de Droits déterminés, mais sont des principes généraux, dont le contenu ou les conséquences varient d'après les faits, en raison des temps et des lieux.* » Déclarer que « tous naissent et demeurent libres et égaux », ce n'est pas

(20) Méthode du Droit naturel, page 189.

savoir quels sont les droits de la liberté individuelle, de la liberté du travail, de la liberté des opinions, de la liberté d'association, qui nous appartiennent en société. — Les fameuses Déclarations de droits (21) ne peuvent donc être que des formules générales, susceptibles d'applications variables, de corollaires multiples, réglés par le Droit positif. En d'autres termes, c'est une grave erreur de croire à l'immuabilité de la liberté, à la permanence de son contenu, et de méconnaître, en ce qui la concerne, la loi de perfectibilité. « L'hu- « manité, dit Burgess (22) ne commence pas par la liberté. « *La liberté est un fruit de la civilisation* ». Elle est susceptible d'extension, de développements, de progrès ; elle doit s'élargir au fur et à mesure qu'un peuple avance en intelligence et en moralité. Le régime des libertés publiques doit concorder avec le degré de civilisation, auquel une nation est parvenue. La liste éternelle des libertés nécessaires, des droits inaliénables et imprescriptibles de l'homme n'est donc pas à rédiger ; *elle ne pourrait guère comprendre qu'un petit nombre d'attributs très généraux : le droit à la vie — le droit à l'honneur — le droit général de liberté — le droit général de propriété ou la capacité d'acquérir des droits particuliers — enfin, le droit général d'être bien gouverné* (22 bis).

A quoi peut-il servir de fragmenter la liberté, de la démembrer en libertés diverses et spéciales, dont le nombre pourra toujours être accru ? Pure question de mots !

Le Droit général de liberté suffit, pourvu qu'il comporte toutes les extensions, non contraires à la loi de justice, que la civilisation amène progressivement. Il ne faut pas « entendre le Droit naturel, écrit *Hello* (23), d'une manière trop

(21) Nous en parlerons plus tard au point de vue pratique, en étudiant les garanties et les immunités Constitutionnelles.

(22) Political science and Comparative Constitutionnal Law. I, p. 177.

(22 bis) Le droit d'être bien gouverné entraîne comme corollaire celui 'obtenir des garanties de bon gouvernement.

(23) Du Régime Constitutionnel — 3me édition. Bruxelles 1849 — pages

« étroite, le circonscrire dans je ne sais quel état primitif, et « le séparer de la civilisation. Posez le principe contraire, « dites que la *civilisation est dans la nature*....

« La perfection est devant nous ; c'est l'imperfection que « nous laissons en arrière ; les auxiliaires que le génie de « l'homme adapte à ses facultés innées, accroissent au droit « naturel, et s'y incorporent; leur culture ne leur est pas « plus étrangère que la branche au tronc dont elle sort. Ces « développements ultérieurs sont l'objet du travail, que la « Providence laisse à la charge de l'être perfectible. Je con- « çois que la pensée, avec la nature communicative pour « attribut et la parole comme moyen, fasse un tout complet « qui se suffit rigoureusement ; mais je ne doute pas que, si « l'homme ajoute à la parole l'écriture qui la fixe, et l'impri- « merie qui la propage,s'il procure au don céleste l'étendue et « la durée qui lui manquent,ces additions ne restent dans la « nature. Il est bon, il est moral d'élargir ainsi le Droit natu- « rel, de faire couler abondamment cette source sacrée sur la « civilisation toute entière, d'accroître le domaine des choses « inviolables ».

116. Extensions sociales et politiques de la liberté.

Dès lors, *tous les droits sont naturels, ou, si l'on veut, il n'y a pas de droits naturels.*

Si l'on admet comme tels, en effet, exclusivement ceux que donne la nature toute seule, les droit originaires ou innés, l'on se trouvera en présence d'attributs généraux,inhérents à la personnalité, ne pouvant en aucun cas, dans la vie réelle et pratique,

136 ss. Cet admirable écrivain et penseur se rallie à la thèse qui fait de la liberté de la presse un Droit naturel. *Avec les explications qu'il y joint*, cette thèse est admissible. — La théologie catholique ne condamne que l'érection en droit naturel de la licence sans bornes (*infinita tum cogitandi tum cogitata publicandi licentia, que la liberté, soustraite à toute règle*, DE PUBLIER N'IMPORTE QUOI (litterarum formis *quidlibet* exprimendi facultas, *omni moderatione posthabita*). V. l'Encyclique *Immortale Dei* de LÉON XIII.

faire l'objet d'une revendication. L'on ne revendique pas le droit de vivre : On vit.

Si l'on étend au contraire la qualification de droits naturels aux *droits acquis, particuliers et relatifs*, variables suivant les conditions sociales et les législations qui en sont l'expression, il faut alors n'en excepter aucune espèce de droits, pas même les soi-disant droits de l'homme ou libertés modernes, pas même *les droits politiques.*

Les extensions sociales de la liberté ont,en effet,conduit les juristes et les législateurs à ajouter à la liste des droits individuels proprement dits, d'autres droits qui, au fond et originairement du moins,n'en sont pas: les droits politiques.Ceux-ci n'apparaissent pas au début,comme des attributs de la personnalité de l'homme,des pouvoirs inviolables de la liberté.Ce sont des pouvoirs conférés à certaines personnes,aux citoyens, et ces pouvoirs ont le caractère de moyens accordés à ceux-ci pour se défendre et améliorer les conditions générales de la vie commune. Dans *Justice* (24), Herbert Spencer leur consacre un chapitre (p. 204 ss), qu'il intitule « les droits dits politiques ». — On y lit : « Le pouvoir d'émettre un vote, « *instrument de la défense des droits,* dit-il, a fini par être « considéré comme constituant un droit,et l'opinion générale « les confond avec les droits proprement dits».

Les droits politiques ne sont pas certes des droits que l'homme tire de lui même, des attributs de son individualité ; ils dérivent d'un octroi de l'Etat ; ils ont pour source les lois (24[bis]).

Mais les lois sont l'expression de la justice et de l'utilité commune. Or, la justice, elle-aussi, n'est qu'un principe général, susceptible de développements et d'applications progressives. Le législateur qui, au nom de la justice, dans un pays donné, à une époque donnée, appelle les citoyens à participer à la vie de l'Etat en leur conférant le pouvoir de voter,

(24) Traduction Castelot— Paris — Guillaumin, 1893.

(24 bis) Ils sont le résultat du développement *naturel* et harmonique de la société politique et de ses membres.

ne leur confère-t-il pas un pouvoir qui mérite le nom de droit? Ma liberté développée par l'Etat, au point d'impliquer une sorte de collaboration à la souveraineté, en est-elle moins ma liberté? En devenant électeur, j'acquiers une prérogative, que la liberté comporte naturellement dans une société politique, dont les institutions progressent, que la loi morale me permet, en certains cas, de revendiquer et de conquérir, que la justice commandera même souvent à l'Etat de m'octroyer et de me conserver. Les droits politiques ne sont donc pas exclus de notre définition des droits : nous y voyons des pouvoirs personnels, auxquels les citoyens (24[ter]), au nom même de la justice, dont la législation doit être dans tous les pays l'expression *progressive*, peuvent *naturellement* prétendre, quand la civilisation est venue étendre, et déployer en quelque sorte dans la vie sociale leur personnalité et leur liberté.

Pour ne point refuser aux droits politiques le nom de droits, nous avons en Belgique une raison positive : l'art. 93 de la Constitution, qui les protège comme les droits civils, et qui les met, comme ceux-ci, à titre de droits individuels, sous la sauvegarde du pouvoir judiciaire.

Nous dirons plus loin en quoi ils consistent : car, bien que nous n'ayions en ce chapitre fait allusion qu'aux droits électoraux, la catégorie des droits politiques ne se borne pas à ceux-là.

117. Remarques préalables au classement des droits

Il y a, croyons-nous avec la plupart des auteurs, **trois espèces de droits individuels :**

Les droits civils ;

Les droits politiques ;

Les droits publics.

Il importe d'en traiter successivement.

Mais quelques remarques préliminaires s'imposent.

Ne confondons pas les droits proprement dits avec les actions judiciaires et les recours accordés pour les protéger, d'autant plus que parfois un recours est donné pour la sau-

(24 ter) Non pas tous. *Comme en matière de propriété*, en matière de souveraineté ou de droits politiques aussi tous ne sont pas élus, bien que tous soient appelés.

vegarde d'un simple intérêt. Ex. recours contre un refus d'autorisation de bâtir.

Observons, en outre, que l'on a tort de qualifier droits, les *simples conditions d'exercice des droits*: conditions que l'on ne revendique jamais séparément, mais toujours accessoirement à tel ou tel droit ou pouvoir que l'on prétend exercer.

Exemple : le domicile ;
l'âge ;
la parenté ;
la nationalité (25),

Demandons nous enfin, si les droits se différencient par leur sujet, leur nature (objet ou rapport) ou leur sanction.

Il n'y a que la personne, qui soit sujet du droit ; tous les droits ont donc même sujet ; ce n'est pas cet élément qui peut les différencier. Les droits politiques ont pourtant ceci de particulier, qu'ils n'appartiennent d'ordinaire qu'aux nationaux, mais cela n'a rien d'essentiel ; la nature des droits civils et des droits publics ne s'opposerait pas non plus à ce qu'ils fussent refusés aux étrangers.

Les modes de sanction des droits sont variés : revendication judiciaire — recours administratif — action en réparation — poursuite pénale — droit de plaider l'incompétence.

Aucun de ces modes ne s'applique exclusivement à une espèce de droits. Les droits de famille, de propriété et les droits électoraux, par exemple peuvent être revendiqués judiciairement ; les droits civils, comme les libertés ou droits publics, peuvent être sauvegardés par des poursuites pénales et par des actions en dommages-intérêts; le droit de se défendre contre les actes de l'autorité en invoquant son incompétence n'appartient pas seulement à quiconque veut être protégé dans ses libertés ou droits publics, mais aussi aux titulaires des droits civils et des droits politiques.

Les différenciation des droits dépend plutôt de leur objet

(25) Nous traiterons plus tard de l'*Égalité*.

et de l'espèce de rapport dans lequel cet objet se trouve avec le sujet. Nous pourrons nous en convaincre en définissant dans les § suivants chacune des catégories de droits. Reconnaissons pourtant que c'est surtout par leur mode spécial de sanction, que les droits publics se caractérisent le mieux (V. ci-après).

§ 2. — Des droits civils.

118. Notion et garanties des droits civils.

Les droits civils ou privés ne nous arrêteront qu'un instant.

Bornons-nous à dire qu'ils ont pour objet les *qualités* constitutives de l'*état* des personnes en société (ex. qualité de père — d'enfant légitime, de tuteur) *les pouvoirs d'autorité qui en dérivent* (ex.: droit de correction), et *les choses, propriétés ou pouvoirs utiles* (créances — droits intellectuels) *composant le patrimoine c'est-à-dire la fortune des individus.*

Ils se divisent en droits de famille et en droits patrimoniaux.

La Constitution Belge s'occupe des droits civils à cinq articles différents :

1° A l'art. 92 (26), pour les mettre sous la sauvegarde du pouvoir judiciaire ;

2° A l'art. 109, pour garantir le caractère laïc et communal des actes et des registres de l'Etat civil ;

3° Aux art. 9, 11 et 12 pour protéger la propriété au point de vue pénal et en matière d'expropriation.

Ces textes sont des *garanties constitutionnelles,* auxquelles beaucoup d'auteurs donnent le nom de droits publics. Nous préférons réserver cette dernière appellation aux garanties des *principales libertés,* et voir simplement dans les articles indiqués des principes de législation.

(26) Le commentaire de cette disposition fera l'objet d'amples explications à propos de l'étude de la compétence du pouvoir judiciaire.

§ 3. — Des Droits Politiques.

119. Caractères. Si l'on prenait cette expression dans le sens de garanties politiques, elle s'étendrait à tous les droits garantis par la Constitution, par exemple à l'art. 11 protégeant la propriété.

Mais l'expression droits politiques a reçu une signification toute différente et bien précise. Etymologiquement,elle veut dire *droits de cité* (*πολις*— civitas), *droits d'Etat, droits de souveraineté.*— On dit encore dans le même sens *droits civiques*, parce qu'en général ces droits n'appartiennent qu'aux individus ayant la qualité, légale (27) ou non, de citoyens. Ce sont les droits dont la portée est la moins étendue au double point de vue du territoire et des personnes.

Tandis que les droits civils en sont presqu'arrivés à être reconnus à tout le monde et par delà toutes les frontières, tandis que les libertés ou droits publics ne sont généralement pas refusés aux étrangers qui n'en abusent pas (28), il est au contraire évident qu'il ne peut guère être question de droits politiques en dehors des frontières, et il est de règle, dans le pays même, de ne point admettre les étrangers à y participer (29). Ce sont des droits essentiellement nationaux, comme l'Etat lui-même, droits particularisés et localisés.

Nous n'avons pas hésité à les qualifier de *droits individuels*, et même de droits naturels, mais en donnant à cette expression — *qu'il vaudrait mieux abandonner tout à fait* — le sens que lui donne *Hello* et que nous ne refusons point d'admettre : droits que *la civilisation* amène l'homme à pouvoir revendiquer comme prérogative sociale même au nom de la justice, dont il incombe à l'Etat d'assurer les progrès (29[bis]).

(27) Le titre officiel ou légal de citoyen n'existe plus.

(28) Le législateur peut à leur égard prescrire des mesures exceptionnelles. — V. l'art. 128 de la Constitution.

(29) V. l'article 4 de la Constitution.

(29 bis). La justice n'exige-t-elle pas, dans certaines situations, que l'Etat

La justice est souvent en jeu, quand le Souverain, si le degré de civilisation et les circonstances le comportent, prend la décision d'appeler les citoyens à lui prêter son concours, à *contribuer* à sa mission, à participer à sa vie organique, notamment à l'occasion de l'établissement et pour l'exercice des fonctions publiques.

Ici encore, rien n'est fixe, rien n'est immuable, rien n'est absolu; l'évolution est constante, tout est relatif et progressif.

Au début, c'est à titre d'impôt et de service personnel que le concours des citoyens est réclamé. Le *jus tributi* et le *jus militiæ,* nous allons le voir,n'en sont pas moins devenus des droits politiques.

L'appel des citoyens à l'exercice des fonctions publiques (Jus honorum) a eu longtemps pour eux le caractère d'une obligation imposée; les fonctions n'ont-elles pas conservé le nom de charges publiques ? Et dans certains pays, en Angleterre et en Suède par exemple, ne voit-on pas subsister en *principe,* pour les mandats électifs, la défense de les refuser ou d'en démissionner ?

Le droit électoral (*le jus suffragii*) — conquis presque partout à la suite de luttes, prolongées par l'opiniâtreté des gouvernements s'attachant à conserver des privilèges ayant perdu leurs raisons d'être,—a plus apparemment,dès l'origine, le caractère de pouvoir subjectif. Aussi,les théoriciens n'hésitent-ils pas à le qualifier de *droit naturel,* en donnant à ces deux mots le sens erroné de droit originaire et intangible. — Nous y voyons, quant à nous,un droit issu du développement des individus et de la société,un fruit naturel de civilisation.

Il a aussi le caractère de fonction, de *munus publicum.* A l'instar du droit d'être juré, il n'est pas susceptible

cesse d'accorder aux uns et de refuser aux autres les droits politiques, c'est-à-dire des moyens de défense qui peuvent être nécessaires à tous pour sauvegarder leurs droits essentiels.

d'abstention, du moins dans les pays où, comme en Belgique le vote est devenu obligatoire.

Mais il n'en demeure pas moins un pouvoir personnel, un droit garanti par la Constitution aux citoyens qui en réunissent les conditions (art. 44 — art. 47), et revendicable par eux en justice (art. 93).

Les droits politiques ne sont pas les seuls droits offrant ce double caractère de pouvoir et d'obligation, impliquant cet *élément mixte* de faculté et de devoir. Il en est ainsi de tous les droits reconnus ou accordés dans l'intérêt d'autrui, comme accessoires d'une autorité ou d'une part d'autorité. Les droits de famille présentent le même phénomène que les droits politiques ; ils sont dès lors comme eux inaliénables et imprescriptibles; on ne peut ni les céder, ni les perdre.

Aussi, nous avons osé définir les droits politiques — par leur étymologie : des *droits d'Etat* ou *de Souveraineté.*

120. Enumération et Définition. Il nous reste à les déterminer. Ils sont, croyons-nous, au nombre de *quatre*, et nous prenons, pour les désigner, les vieilles formules Romaines (30) :

Jus suffragii, Jus honorum, Jus tributi, Jus militiæ.

Le *droit de vote* (*ius suffragii*), ou l'électorat, a le caractère d'une participation individuelle du citoyen à l'établissement du pouvoir, à la désignation des personnes exerçant la puissance publique.

Le *jus honorum* consiste dans l'admissibilité aux emplois civils et militaires (art. 6 de la Constitution), et dans l'éligibilité aux fonctions ou mandats électifs : c'est donc le droit personnel d'être appelé à concourir à l'exercice de la souveraineté, d'être chargé d'une portion d'*imperium*, d'être investi d'une partie de la force ou de la puissance publique.

Le *jus tributi* ne consiste pas dans le droit de lever l'im-

(30 Willems, Le Droit public Romain, pages 33 et 34.

pôt, reconnu aux divers pouvoirs ; et ce n'est pas non plus le droit onéreux ou négatif, c'est-à-dire l'*obligation* de payer l'impôt, qui compète aux citoyens. C'est, selon nous, le droit civique, en vertu duquel, les sujets de l'Etat ne doivent contribuer à ses dépenses,que dans les limites tracées par la loi : en d'autres termes, c'est le droit de tout citoyen de discuter avec l'Etat le montant des charges pécuniaires que celui-ci peut lui imposer. Ce droit, en Belgique, est garanti par la Constitution, qui lui donne pour sauvegarde le recours au pouvoir judiciaire (art. 93).

Il en est de même pour le *jus militiæ* — Il y a analogie complète entre l'impôt pécuniaire et le service militaire, souvent qualifié impôt du sang. Nous entendons par *jus militiæ*, non pas le droit de levée du contingent ni l'obligation d'être soldat, mais le droit reconnu à tout citoyen, et placé sous la sauvegarde des tribunaux (art. 93), de discuter avec l'Etat les obligations de service, dont celui-ci peut réclamer l'accomplissement.

Il suffit de comparer ces **quatre droits**, et de réfléchir un instant à **l'élément commun** qui les caractérise pour en trouver une définition exacte et précise. Il faut aux pouvoirs publics des magistrats,des fonctionnaires, de l'argent et des soldats. L'Etat n'est pas une abstraction : il s'incarne dans les individus; et c'est le concours ou la participation des individus à la désignation des autorités et à l'exercice du pouvoir, ainsi qu'à la réunion des ressources et des forces collectives, dont il a besoin, qui fait de l'Etat une réalité, un organisme vivant. Le mot et l'idée de **contribution** — à la vie de l'Etat — expliquent exactement et rendent claire la notion des droits politiques. Nous les définirons très convenablement en disant : *les droits politiques sont les droits individuels impliquant une contribution des citoyens à l'établissement ou à l'exercice de la puissance publique, ainsi qu'aux charges financières et militaires indispensables à son maintien et à son fonctionnement.*

§ 4. — Des Droits Publics.

121. Notion des droits publics. La plupart des auteurs entendent par droits publics des garanties, dont la nécessité a été spécialement mise en évidence par des circonstances historiques, et qui sont proclamées par la Loi fondamentale de l'Etat.

Cette définition est beaucoup trop large ; elle identifie les droits publics et les garanties constitutionnelles.

Or, de même que toutes les dispositions constitutionnelles ne doivent pas être qualifiées garanties (31), de même toutes les garanties ne doivent pas être qualifiées droits publics.

Certaines garanties ont un caractère négatif ; elles consistent en prohibitions adressées aux pouvoirs établis. On peut y voir des règles d'incompétence : elles impliquent défense aux autorités d'envahir certains domaines,et, par conséquent, inviolabilité d'une certaine sphère d'action reconnue aux citoyens. Nous donnons à ces garanties le nom d'**immunités.** A l'instar des immunités fiscales, parlementaires ou militaires, qui consistent en exemptions d'impôts, de poursuites ou de service, ces garanties exemptent en effet les citoyens, les préservent ou les affranchissent de certaines atteintes,de certaines mesures,par lesquelles le pouvoir pourrait entraver leur activité. (32).

Les immunités constitutionnelles sont nombreuses.

(31) On peut répartir les textes constitutionnels en deux groupes ; les *dispositions organiques* (ex. l'art. 26), et les *règles de compétence ou d'incompétence ;* celles-ci méritent seules le nom de garanties constitutionnelles contre les pouvoirs organisés. — V. notre dernier volume.

(32) V. notre dernier volume. « Les droits individuels (?) dit *Esmein* « (page 353) présentent tous un caractère commun : ils limitent les droits « de l'Etat, mais ne lui imposent aucun service positif, aucune prestation « au profit des citoyens. L'Etat doit s'abstenir de certaines *immixtions*, pour « laisser libre l'activité individuelle : mais l'individu, sur ce terrain, n'a rien « de plus à réclamer. »

Certaines ont pour objet de protéger les principales libertés sociales, les libertés jugées nécessaires, celles qui, étant donné les circonstances historiques, sont considérées comme les plus indispensables à garantir contre certaines entraves ou certaines mesures. Celles-là seules constituent les **droits publics.**

On peut définir ces droits : les principales libertés en tant qu'elles sont garanties par des immunités constitutionnelles, c'est-à-dire par des défenses adressées par la Constitution aux pouvoirs constitués d'y porter certaines atteintes déterminées. Cette notion est en parfaite harmonie avec les textes du Titre II de la Constitution Belge.

122. Parallèle entre droits publics et droits politiques.

Les droits publics sont essentiellement des immunités, des garanties : ils dérivent donc de l'Etat, qui les établit, de la Constitution, qui les stipule. Les droits politiques également viennent de l'Etat qui les confère, du pouvoir constituant ou législatif qui les réglemente.

Les uns et les autres *n'ont point le caractère de droits originaires, de droits innés*, de droits de l'homme (32[bis]) Aussi la qualité de Belge est-elle, en principe, indispensable pour être admis à jouir des droits politiques, sans préjudice d'autres conditions spéciales (art. 4. de la Constitution). La Constitution Belge refuse de garantir aux étrangers les mêmes droits publics qu'aux Belges. Le Titre II n'est écrit qu'au profit des nationaux ; les étrangers peuvent se voir privés par le législateur de toute protection (pour leur personne comme pour leurs biens); ils ne bénéficient des libertés générales que sous réserve « des exceptions établies par la loi. » (art. 128).

Ajoutons que, les droits publics comme les droits politiques, *comportent bien certaines restrictions*, certai-

(32 bis) Ce sont des fruits naturels de civilisation : ils sont donc contingents, conditionnés, puisqu'ils dépendent de l'état social.

nes réserves, imposées aux fonctionnaires, aux dépositaires du pouvoir ou de la force publique, en dépit de leur qualité commune de citoyens.

Il se comprend, par exemple, que la loi électorale (art.61) suspende le droit de vote des sous-officiers, des caporaux et des soldats, tant qu'ils sont sous les drapeaux. L'on conçoit de même que, *dans tous les pays*, les membres de l'armée et les fonctionnaires soient soumis, quant à l'usage des libertés c'est-à-dire des droits publics, à des restrictions que nécessitent la discipline militaire, les devoirs professionnels, les convenances sociales, la dignité et le prestige du pouvoir, l'intérêt évident de la liberté commune : celle-ci ne court-elle pas de graves dangers, quand les agents de l'autorité et de la force publique se jettent dans la mêlée des partis et prennent part aux batailles électorales ?

Les deux catégories de droits, dont nous nous occupons, ne comportent pas de distinction entre leur jouissance et leur exercice. On est, soit électeur, soit éligible ou on ne l'est pas : l'on ne comprendrait pas en cette matière le pouvoir d'élire ou d'être élu, reconnu à une personne et mis en œuvre par une autre (32ter).

De même, pour les libertés garanties : ce sont des prérogatives essentiellement personnelles, non susceptibles de délégation ni d'exercice par autrui. Quiconque bénéficie de la liberté de la presse, par exemple,en use ou n'en use pas : mais l'on ne peut imaginer qu'un autre en usant de ce droit ne fasse en réalité qu'exercer le mien.

Enfin, ces deux catégories de droits sont également *inaliénables et imprescriptibles;* les droits politiques, à raison des motifs d'ordre public qui les ont fait conférer ; les droits publics, à raison de ce qu'ils s'identifient, en définitive,avec la

(32ter) On comprend le vote par correspondance établi en Belgique pour l'élection des Commissions médicales provinciales. Mais le vote par mandataire (ex : du mari pour sa femme) impliquerait un déplacement du droit, une annulation de la liberté de vote du soi disant mandant.

liberté, que nul ne peut abdiquer, et avec les garanties constitutionnelles, auxquelles il ne peut être permis à aucun citoyen de se soustraire, ni de renoncer.

Nonobstant ces ressemblances, les droits publics et les droits politiques présentent des **différences** *fondamentales, qu'il importe de mettre en relief.*

En premier lieu, les droits politiques se définissent par une formule affirmative, car ils ont pour objet une fonction (ex, : droit de vote) ou un pouvoir précis (ex. droit de discuter l'impôt). Les droits publics, au contraire, se définissent par une formule négative, puisque leur objet consiste en immunités, en prohibitions constitutionnelles.

En second lieu, l'obtention des droits politiques est assujettie à des conditions; ces conditions étant susceptibles d'être niées, doivent éventuellement être prouvées à suffisance de droit. Quiconque ne les réunit pas, ou ne démontre pas qu'il les possède, n'est pas admis à exercer ces droits.

Les droits publics échappent, au contraire, à toute contestation, ne présupposent aucune preuve (33). La liberté n'a pas besoin d'être démontrée ; or, les droits publics ne sont, sous une formule négative ou prohibitive, que des garanties appliquées à la liberté, à l'activité naturelle du citoyen considérée dans ses manifestations les plus importantes. *On pourrait les définir : les droits de liberté.*

123. Liste des droits publics.

Il ne serait pas opportun de discuter ici s'il existe un droit individuel au travail, à l'instruction, à l'assistance. Mais nous devons dire qu'en tout cas, ce prétendu droit ne saurait être rangé parmi les droits publics, puisque ceux-ci ne permettent à l'individu d'exiger aucune prestation; ils ne font que l'armer contre certaines immixtions de l'Etat (34).

(33) Pour en priver quelqu'un à raison,par exemple, de sa qualité d'étranger, il faudrait, nous semble-t-il faire la preuve de cette qualité contre lui.

(34) *Esmein*, p. 354.

La liste des droits publics peut naturellement varier d'après les constitutions et les régimes politiques. *La Constitution Belge, en son Titre II, érige en droits publics,* en d'autres termes, consacre comme libertés principales garanties par des immunités :

1° la *liberté individuelle,* c'est-à-dire la sûreté personnelle avec son prolongement : l'inviolabilité du domicile (35);

2° *la liberté des opinions et de leur manifestation, avec ses corollaires* : la liberté de la presse, l'inviolabilité de la correspondance, le droit de pétition, l'égalité des langues nationales ;

3° *la liberté d'enseignement ;*

4° *la liberté de réunion ;*

5° *la liberté d'association ;*

6° *la liberté des cultes, couronnement et mise en œuvre de toutes les autres.*

Nous nous abstenons de citer la *propriété* et l'*égalité ;* elles ne répondent pas à la définition que nous avons admise. (V. n° 118).

124. Les droits publics sont-ils des droits ?

La Science politique Contemporaine (36), en Allemagne principalement, conteste la nature de droits à la catégorie des droits publics, à l'ensemble des droits que nous avons pu qualifier : *droits de liberté.* — D'après *Gerber* et *Laband,* il n'existerait aucun droit public subjectif. Lorsque l'Etat s'impose à lui même des entraves vis à-vis de la presse, des cultes.... etc.., il ne fait qu'affranchir la liberté ; il ne confère pas de droit individuel, il se donne

(35) Esmein, p. 351.

(36) V. *A. Morelli,* professeur à l'Université de Padoue : *Che chosa sono le libertà civili ?* — V. l'analyse critique de cette brochure dans la *Revue de Droit public* année 1900, tome XIV, pages 166 ss. Lire également le premier volume de *Laband :* Le *Droit public de l'empire allemand* — *Gerber*: Ueber öffentliche Rechte, Tubingen 1852 et *Grundzüge des deutschen Staatsrechts* 1880, p. 31 ss. — et surtout *Jellineck: System der subjectiven öffentlichen Rechte 1892.*

simplement des normes ou des règles de *droit objectif.* Les libertés reconnues ne sont que des effets réflexes du Droit constitutionnel ; ce ne sont pas des droits, car ces droits n'auraient pas d'objet.

Avec *Jellineck* en Allemagne, *Morelli* en Italie et la plupart des auteurs modernes, nous continuons à admettre les droits publics parmi les droits individuels et à en faire une catégorie à part, à côté des droits civils, et des droits polititiques. Ils répondent à la notion que nous avons donnée des droits individuels : *pouvoirs personnels que comporte en société l'inviolable liberté de chacun, dans les limites imposées par la justice.*

La liberté de réunion, la liberté de la presse, la liberté des cultes ... etc. ... ne s'adaptent elles pas à cette formule ?

Le fait que ces libertés sont garanties par des défenses que l'Etat s'adresse à lui-même, par l'*auto-limitation* de l'Etat, n'a pas pour effet de dénaturer les droits publics, mais seulement de les caractériser, de les différencier, de leur donner une forme propre.

Ils n'ont, dit-on, pas d'objet, du moins pas d'objet précis, déterminé (37). Cela est vrai peut-être pour l'égalité, que nous omettons à dessein de ranger parmi les droits publics. Quant aux diverses libertés constitutionnelles au contraire, nous ne voyons point qu'elles manquent d'objet, de matière, de contenu. Tout le monde sait fort bien ce que l'on veut dire, quand on lui parle des libertés de réunion, d'association, de culte, d'enseignement ... etc. ; et chacun se rend aisément compte des pouvoirs, que ces libertés comportent dans les limites et sous la garantie des Constitutions.

On objecte encore que les droits publics sont dépourvus de sanction, qu'on ne peut les réclamer judiciairement, qu'ils manquent d'un élément essentiel et constitutif. — Nous ré-

(37) La propriété a un objet précis ; mais c'est un pouvoir *général* de s'opposer à *l'ensemble indéterminé* des atteintes qui peuvent y être portées.

pondrons : Sans doute, les droits publics ne se revendiquent pas comme une créance contre un débiteur. Ne sont-ils pas assimilables pourtant à des créances correspondant à des obligations de ne pas faire ? Leur violation n'est-elle pas sanctionnée par des condamnations tant civiles que pénales? Il y a d'ailleurs un autre moyen — très efficace encore — de faire valoir un droit public : il consiste — quand la liberté d'un citoyen menace d'être violentée par une mesure illégale, —à résister à l'exécution de cette mesure,à se laisser poursuivre devant les tribunaux, et à obtenir de ceux-ci qu'ils fassent usage du droit, que la Constitution (art. 107) leur attribue, de refuser l'application des décisions et des actes du pouvoir jugés non conformes aux lois

L'objection est donc sans valeur.

Nous n'approuverons pas cependant l'*opinion de Morelli*, rangeant les droits publics daus la catégorie des droits civils ou privés. Nous préférons en faire une catégorie à part, distincte à la fois des droits politiques et des droits civils. En d'autres termes, *nous demeurons fidèles à l'enseignement de Rossi. N'est-il pas naturel et nécessaire de distinguer, à côté de la vie politique c'est-à-dire de la vie de l'Etat et de la vie civile ou privé,e ce qu'on peut appeler la vie publique ou sociale ?*

Conservons donc la division tripartite. A côté des droits de famille et de propriété, à côté des droits politiques (de citoyenneté ou de souveraineté), continuons à reconnaître des *droits de liberté publique*, des libertés sociales inviolablement garanties, nous pourrions dire : *des droits de société.*

CHAPITRE III.

L'ETAT-POUVOIR OU L'ETAT (SENSU STRICTO)

---

§ 1. — L'Etat (sensu stricto) — Sa nécessité — Sa mission — Son idée.

125. Nécessité de l'Etat-pouvoir.

L'Etat *sensu stricto*, c'est le pouvoir préposé au gouvernement de la société politique, c'est le souverain par opposition aux sujets, au peuple gouverné.

Qu'est-il ? Que doit-il être ?

Nous répondrons à ces deux questions en précisant successivement, comme nous l'avons fait pour l'Etat (sensu lato), le *concept* et l'*idée* de l'Etat (sensu stricto). Le concept vient d'être défini : L'Etat (*sensu stricto*) c'est la tête de l'Etat (sensu lato), l'organe directeur, quelqu'il soit, de la société politique. Sans doute, l'on peut supposer qu'à la naissance d'une semblable société, il faille quelque temps pour sa constitution, sa mise en train, pour l'installation des autorités appelées à la régir. En outre, il peut survenir des périodes où, transitoirement, le pouvoir attend un occupant, où la souveraineté se trouve vacante. Mais d'une manière générale et normalement, il y a toujours dans la société politique une direction, un souverain. L'exis-

tence de cet élément, nous l'avons vu, est l'un des caractères essentiels et distinctifs de l'Etat (sensu lato), et constitue un fait aussi universel et aussi permanent que l'existence des sociétés politiques elles-même. Cette universalité et cette perpétuité indiquent déjà la nécessité du pouvoir. Mais il convient que cette nécessité soit directement et philosophiquement démontrée

Pour faire cette démonstration, l'on se borne souvent à dire que l'Etat (sensu lato) est une société et que toute société a besoin d'une autorité pour se maintenir, se développer, réaliser son but. Cela n'est pas exact. Toutes les sociétés ne réclament pas une autorité. Il y a des sociétés qui peuvent s'en passer, ou qui, de fait, en sont dépourvues. Ainsi, la société universelle du genre humain, la société internatiotionale des Etats, existent et se maintiennent sans direction, sans autorité commune,

Deux personnes peuvent s'associer pour accomplir un travail, écrire un livre par exemple, et cette association peut subsister et aboutir sans autorité de l'une sur l'autre, obéissance de l'une à l'autre. Mais cela n'est possible qu'en raison du petit nombre d'associés et de la simplicité du but et des moyens. Le *Marquis de Vareilles Sommières* (1), qui traite ce sujet avec une précision remarquable, démontre qu'il n'en peut être de même pour la société politique. Lorsqu'il s'agit d'une société nombreuse, de longue durée, dont le but est complexe, dont le fonctionnement exige l'harmonie des efforts et l'emploi de moyens variés, une direction s'impose. Pareille société ne pourrait s'organiser ni se maintenir sans une autorité commune, qui veille à son fonctionnement régulier et à la réalisation par elle, par l'emploi de moyens appropriés, des buts variés et complexes que comporte la fin générale qui lui est assignée. La société politique comprend des milliers ou des millions d'individus, formant d'innom-

(1) *Principes fondamentaux du Droit* — t. I.

brables groupes ou associations de caractères très différents. Sa durée est indéfinie ; son but total, c'est la civilisation, le progrès, le bonheur de ses membres. Mais, pour atteindre ce but, que de buts secondaires à poursuivre, que de moyens divers à utiliser, que d'obstacles à surmonter pour et par l'union des efforts ! Il n'y a pas deux citoyens qui comprennent de la même manière leur bonheur, ni ses conditions de réalisation.

126. Formule théologique de cette nécessité.

La société politique réclame donc impérieusement une autorité commune. Elle ne peut s'en passer : c'est pour elle une condition d'existence, de conservation, de fonctionnement, de progrès. Il n'y a que les théoriciens de l'anarchisme qui nient cette vérité, tant ceux qui se prononcent pour l'illégitimité immédiate et absolue de tous les gouvernements (*Proudhon-Kropotkine*), que ceux qui, pour le moment, ne voient, dans la communauté anarchiste, qu'un lointain idéal, vers lequel l'humanité s'avance (2),

Le pouvoir politique est une nécessité sociale, donc une nécessité de nature. Cette nécessité peut s'exprimer par la formule suivante : le pouvoir politique est de droit naturel. Les théologiens énoncent le même principe en disant avec S. Paul : *Non est potestas, nisi a Deo : L'autorité vient de Dieu.*

Il s'agit de comprendre cette vérité philosophique. Elle ne signifie pas que le pouvoir venant de Dieu soit illimité et tous ses actes légitimes.

Elle ne signifie pas davantage que l'*exercice* du pouvoir soit délégué par Dieu lui-même, et que les gouvernements en soient investis par décret céleste : elle ne consacre pas plus le Droit Divin des rois qu'elle n'est la négation de la souveraineté nationale.

(2) Lire *Crahay :* La Politique de S. Thomas — p. 28 à 44. — *Cyr. van Overbergh :* Le Socialisme scientifique.

Elle ne concerne pas le pouvoir à l'état concret, l'autorité historiquement confiée à telles ou telles personnes : elle ne vise que le pouvoir considéré en lui-même, *in abstracto*, d'une manière générale. La formule n'a d'autre signification que celle-ci : « Le pouvoir politique est une nécessité sociale ; que les hommes le veuillent *ou ne le veuillent pas*, il faut nécessairement qu'il y ait des gouvernants. L'absence d'une autorité dans la société politique est *chose contre nature*, un désordre, une impossibilité de raison et d'expérience. Le pouvoir, sous une forme ou sous une autre, est une exigence de la nature même de l'homme et de la société... Le pouvoir procède donc de l'auteur de la nature, de Dieu. Bellarmin dit : « Les hommes doivent être gouvernés : *velint nolint,* » *debent regi ab aliquo.* »

Cette proposition ne heurte aucun texte de droit positif, aucun principe constitutionnel. Si l'on consulte les discussions du Congrès national sur l'art. 25 de la Constitution Belge, on verra même que l'on s'est à ce sujet clairement expliqué : le dit article, en déclarant que tous les pouvoirs (les pouvoirs constitutionnels qu'il établit), émanent de la nation, ne contredit nullement le principe philosophique, d'après lequel le pouvoir en général, c'est-à-dire *l'autorité*, vient de Dieu.

127. Intérêt pratique de cette vérité.

On pourrait croire que la question offre un intéret purement théorique.

La nécessité du pouvoir est une vérité dont la reconnaissance présente, au contraire, un très grave intérêt moral et politique. Cet intérêt se manifeste à divers points de vue :

1° Cette vérité contient les autorités dans les limites de leurs devoirs, puisqu'elle leur fait envisager leurs fonctions comme l'accomplissement d'un mandat émané en définitive, non des hommes, mais de l'Auteur même de la création. Le pouvoir doit donc être juste ; il doit s'exercer pour l'avantage des citoyens, parce que ceux qui ont autorité sur les autres en

sont exclusivement investis pour assurer le bien public. L'autorité civile ne doit servir, sous aucun prétexte, à l'avantage d'un seul ou de quelques uns, puisqu'elle a été constituée pour le bien commun (Encyclique « Immortale Dei » de Léon XIII).

Louis XIV ne pouvait pas dire « L'Etat, c'est moi » ; les princes, même lorsqu'ils sont les élus du peuple, n'en sont pas moins les ministres de la Providence, préposés à la direction de la société dans les voies de la justice et du progrès.

2° Cette vérité provoque, d'autre part, l'obéissance et le respect des gouvernés. *Non est potestas,* dit S. Paul (Epitre aux Romains XIII, 1 et 2) *nisi a Deo: quæ autem sunt, a Deo ordinatæ sunt,* Il ajoute: *Itaque qui resistit potestati, Dei ordinationi resistit.* — La résistance illégitime au pouvoir établi, la révolte non justifiée, sont des crimes sociaux. Le principe forme donc la base de toute la morale du citoyen.

L'idée que le pouvoir serait une création de l'homme, une émanation libre des volontés individuelles, laisserait à l'homme la liberté de détruire ce qu'il a élevé, aux volontés individuelles le droit de refuser concours, hommage et obéissance aux autorités établies cependant pour le bien de tous....

3° Dernière conséquence du principe: Il faut s'abstenir de combattre les pouvoirs établis, il faut en respecter même la forme, lorsqu'en luttant pour la changer, l'on risque de rendre impossible *tout* gouvernement, et de jeter la société dans l'anarchie. — « Révolutionner la société par le moyen de la sédition, écrit Léon XIII, c'est un crime de lèse-majesté non seulement Divine, mais humaine ».

L'illustre pontife a fait une application remarquable de ces principes dans son Encyclique aux catholiques Français en faveur du ralliement à la République.

Cette Encyclique est datée *du 16 Février 1892.* Les passages principaux de ce grave document méritent d'être reproduits en note (3).

(3) Divers gouvernements etc. (voir page 209.)

128. Vagues indications de la fin de l'Etat. La détermination de l'*idée de l'Etat-pouvoir* dépend de sa fin, de sa mission générale. Il ne s'agit pas ici d'indiquer les fonctions variables et complexes de l'autorité politique, mais de décrire le *rôle général,* que l'Etat-pouvoir est appelé à remplir dans l'Etat (sensu lato).

Stuart Mill, dans son étude sur *le gouvernement représentatif*, aborde ce sujet au chapitre II, qu'il intitule: Du *criterium* d'une bonne forme de gouvernement. Il arrive à cette conclusion que la meilleure forme de gouvernement est celle qui tend le plus à accroître les qualités intellectuelles

Divers gouvernements politiques se sont succédé en France dans le cours de ce siècle, et chacun avec sa forme distinctive : empires, monarchies, républiques.

En se renfermant dans les abstractions, on arriverait à définir quelle est la meilleure de ces formes, considérées en elles-mêmes : on peut affirmer également, en toute vérité, que chacune d'elles est bonne, pourvu qu'elle sache marcher droit à sa fin, c'est-à-dire le bien commun, pour lequel l'autorité sociale est constituée ; il convient d'ajouter finalement, qu'à un point de vue relatif, telle ou telle forme de gouvernement peut être préférable, comme s'adaptant mieux au caractère et aux mœurs de telle ou telle nation.

Dans cet ordre d'idées spéculatif, les citoyens ont pleine liberté de préférer une forme de gouvernement à l'autre, précisément en vertu de ce qu'aucune de ces formes sociales ne s'oppose, par elle-même, aux données de la saine raison....

Que si l'on descend des abstractions sur le terrain des faits, il faut nous bien garder de renier les principes tout à l'heure établis : ils demeurent inébranlables. Seulement, en s'incarnant dans les faits, ils y revêtent un caractère de contingence déterminé par le milieu, où se produit leur application.

Autrement dit, si chaque forme politique est bonne par elle-même et peut être appliquée au gouvernement des peuples, en fait, cependant, on ne rencontre pas chez tous les peuples le pouvoir politique sous une même forme : chacun possède la sienne propre. Cette forme naît de l'ensemble des circonstances historiques ou nationales, mais toujours humaines, qui font surgir dans une nation ses lois traditionnelles et mêmes fondamentales ; et par celles-ci, se trouve déterminée telle forme particulière de gouvernement, telle base de transmission des pouvoirs suprêmes.

Inutile de rappeler que tous les individus sont tenus d'accepter ces gouvernements, et de ne rien tenter pour les renverser ou pour en changer la forme. Cependant, il faut soigneusement le remarquer ici : quelle que soit la forme des pouvoirs civils dans une nation, on ne peut la considérer comme

et morales du peuple, et dont l'organisation est la mieux combinée pour tirer parti des qualités existantes. Cela équivaut à dire que l'Etat idéal est celui qui répond le mieux à l'état social et est le plus susceptible de l'améliorer. — Cette formule est trop abstraite, trop générale. Elle ne montre pas suffisamment en quoi consiste la fin propre de l'Etat *(sensu stricto)*.

Le développement des qualités de l'homme, ou si l'on veut le perfectionnement harmonieux des facultés humaines,

tellement définitive qu'elle doive demeurer immuable, fût-ce l'intention de ceux qui, à l'origine, l'ont déterminée.

Dans les sociétés purement humaines, c'est un fait gravé cent fois dans l'histoire, que le temps, ce grand transformateur de tout ici-bas, opère dans leurs institutions politiques de profonds changements. Parfois il se borne à modifier quelque chose à la forme de gouvernement établie : d'autres fois, il va jusqu'à substituer aux formes primitives, d'autres formes totalement différentes, sans en excepter le mode de transmission du pouvoir souverain.

Et comment viennent à se produire ces changements politiques dont nous parlons ? *Ils succèdent parfois à des crises violentes, trop souvent sanglantes, au milieu desquelles les gouvernements préexistants disparaissent en fait ; voilà l'anarchie qui domine ;* bientôt l'ordre public est bouleversé jusque dans ses fondements. Dès lors une *nécessité sociale* s'impose à la nation ; elle doit, sans retard, pourvoir à elle-même.

Comment n'aurait-elle pas le droit, et plus encore le devoir de se défendre contre un état de choses qui la trouble si profondément, et de rétablir la paix publique dans la tranquillité de l'ordre ? Or, cette nécessité sociale justifie la création de l'existence des nouveaux gouvernements, quelque forme qu'ils prennent ; puisque dans l'hypothèse où nous raisonnons, ces nouveaux gouvernements sont nécessairement requis par l'ordre public, tout ordre public étant impossible sans un gouvernement.

Il suit de là que, dans de semblables conjonctures, toute la nouveauté se borne à la forme politique des pouvoirs civils, ou à leur mode de transmission ; elle n'affecte nullement le pouvoir considéré en lui-même. Celui-ci continue d'être immuable et digne de respect ; car, envisagé dans sa nature, il est constitué et s'impose pour pourvoir au bien commun, but suprême qui donne son origine à la société humaine....

Lorsque les nouveaux gouvernements qui représentent cet immuable pouvoir sont constitués, les accepter n'est pas seulement permis, mais réclamé, voire même imposé par la nécessité du bien social qui les a faits et les maintient. D'autant plus que l'insurrection attise la haine entre citoyens, provoque les guerres civiles, et peut rejeter la nation dans le chaos de l'anarchie.

peu importe qu'on l'appelle progrès, bonheur,ou civilisation, est bien la fin *terrestre* de l'humanité. Tout doit y tendre : non seulement les individus eux-mêmes sont astreints à la poursuite de cet idéal, mais les groupements sociaux, les familles, les agglomérations locales, les associations de toutes sortes, tant nécessaires que volontaires, existent pour contribuer à la réalisation de ce but complexe et général : le progrès de l'humanité. — Ce qu'il importe précisément de fixer avec netteté, c'est la part respective des individus, des groupes et des autorités dans l'œuvre commune ; et c'est en cela que la formule de *Stuart Mill* est *insuffisante.*

Stuart Mill répudie la formule des nombreux publicistes, qui font de l'Etat un organisme destiné à faire régner *l'ordre et à promouvoir le progrès ;* et qui prennent pour critérium de la valeur des gouvernements l'efficacité de leurs efforts à réaliser ce double but. — Cette formule,en effet, n'est pas davantage satisfaisante ; elle ne précise pas encore assez le rôle particulier, la mission caractéristique de l'Etat. Elle n'échappe pas à l'objection dirigée contre la formule précédente.

D'ailleurs, en quoi consistent l'ordre et le progrès ? Ces termes réclament aussi des explications.

129. Mission de l'Etat. L'homme est un être conscient et libre, ayant une fin propre à atteindre. Sa destinée lui est personnelle : elle consiste dans le perfectionnement de ses facultés et dans la satisfaction des tendances ou des besoins rationnels que le Créateur a déposés dans sa nature : elle peut s'appeler le bonheur. Au point de vue de l'humanité, prise en masse, c'est le bien général, la félicité universelle : ou encore le progrès ou la civilisation.

Telle est la destinée commune des individus, vers laquelle ils doivent tendre par tous les moyens dont ils disposent. Parmi ces moyens il y a la vie sociale, ou plus exactement le concours de leurs semblables et l'assistance des divers

groupes, familles, aggrégations de toutes sortes, y compris la société politique.

Chacun de ces groupes — sans personnalité, sans destinée propre — intervient pour aider les hommes dans la recherche et la poursuite de leur bonheur, pour leur procurer certaines conditions d'existence et de développement.

La société politique, l'Etat (sensu lato), nous l'avons vu, se forme au-dessus des familles et des agglomérations locales, pour procurer aux hommes des *conditions de sécurité* et de progrès que les individus eux-mêmes, et que les sociétés moins complètes ne peuvent lui fournir. Le but de la société politique ne pourrait donc pas être défini : le bonheur ou la civilisation. C'est là sans doute le but lointain, médiat de la société politique. Mais son but direct, *immédiat ne consiste qu'à réaliser dans* la *société certains conditions de sécurité, de justice, de progrès* indispensables ou favorables à la poursuite, par les individus, du but final : *la civilisation.*

L'antiquité, ignorant la destinée personnelle de l'homme, sacrifiait l'individu à l'Etat, et assignait comme but à la société politique elle-même la félicité universelle, tandis que celle-ci dépend des efforts des individus isolés ou groupés, auxquels la société elle-même n'est débitrice que d'*assistance* et de protection.

De nos jours, il ne manque pas d'écrivains qui, sans méconnaitre expressément la destinée personnelle des individus, confondent la fin de la société politique, de l'Etat (sensu lato) avec la fin propre ou la mission du pouvoir, de l'Etat (*sensu stricto*). Ils aboutissent aux mêmes conséquences que les philosophes de l'antiquité : ils restaurent la doctrine de l'Etat-Providence, chargé d'accomplir lui-même l'œuvre de la civilisation, de procurer la félicité universelle. « C'est, dit de » Laveleye (4) la théorie du Socialisme, dont le modèle se » trouve dans la *République* de Platon ».

(4) Le gouvernement dans la Démocratie, I, page 22.

Il faut au contraire prendre garde à ce fait que le pouvoir, que l'Etat (*sensu stricto*) n'est pas toute la société politique; il n'en est qu'un élément; il ne se confond pas avec elle et ne doit pas se substituer à elle. Sans doute, c'est dans la vie sociale et spécialement au sein de la société politique que l'œuvre de la civilisation se réalise, que le bonheur de tous se poursuit.

Mais ce sont les individus qui en sont chargés; c'est leur affaire personnelle; c'est de leurs efforts isolés ou groupés que dépendent leur bien être et leur amélioration. Il doit leur suffire de trouver dans la société politique protection et assistance, une intervention qui unisse les activités, qui harmonise et rende efficaces les efforts. C'est à eux-mêmes qu'incombent tout d'abord le devoir et le droit de travailler avec l'aide de leurs semblables, à leur perfection personnelle, en même temps qu'au progrès général.

L'Etat (*sensu stricto*) n'étant qu'un élément, qu'une partie de la société politique, n'a pas à usurper le rôle de celle-ci, n'a pas à s'arroger la mission de procurer tout ce qu'elle doit procurer, à se donner pour tâche de fournir tout l'assistance dont elle est débitrice, tous *les éléments de sécurité, de justice, de progrès*, qui doivent s'y rencontrer, mais qu'elle fournit parfois sans que l'Etat-pouvoir intervienne. Le rôle de l'*Etat (sensu stricto)* se réduit à veiller et à aider à ce que le but de la société politique soit efficacement poursuivi. Il est compétent pour pourvoir à sa conservation; il est compétent pour l'éclairer et la diriger; il est compétent pour *discipliner et encourager les activités*, multiplier et améliorer les moyens, apaiser les conflits, assurer l'efficacité des efforts individuels et collectifs.

Il faut, en d'autres termes, dans la société, un certain agencement, *un certain ordre*, à l'abri duquel l'œuvre de la civilisation s'accomplit sous l'impulsion et par l'effort direct des individus et des groupes. *C'est l'ordre politique et social.* La réalisation de cet ordre, c'est la mission propre

de l'Etat (sensu stricto). On peut donc conclure que la *mission de l'Etat consiste à diriger la société politique* dans les voies de la civilisation et du bonheur, en *établissant*, en *conservant* et en *améliorant* l'ordre politique et social.

C'est donc l'*idée d'ordre* que nous mettons en relief et nous entendons par là un certain agencement, une certaine organisation des éléments sociaux, une certaine réglementation des relations sociales que l'Etat réalise en vue de maintenir et d'augmenter dans la société les éléments de vie et de progrès, en vue de rendre possible, permanente et efficace l'assistance sociale sous toutes ses formes.

130. Ordre politique, ordre social. La charge de faire règner l'ordre et de le perfectionner comporte tout d'abord pour l'Etat le soin de s'organiser lui-même, d'établir les autorités ou les organes qui feront les lois, rendront la justice, rempliront les fonctions exécutives et administratives, de régler l'intervention des citoyens par l'exercice des *droits politiques* dans l'institution des autorités, de déterminer le régime des libertés publiques et des garanties qui les protègent (droits publics) de veiller à la sécurité externe, à la paix intérieure, au développement et à l'amélioration des institutions dépendant du pouvoir. Tout cela forme l'*ordre politique ou constitutionnel*, par opposition à l'ordre social proprement dit.

L'*ordre social* ne comporte pas seulement, comme le pensèrent Kant et ses disciples, la réalisation des conditions de coexistence sociale. L'ordre social ne consiste pas davantage, comme le veulent Herbert Spencer et les adeptes des l'Evolutionisme, dans l'égalité des conditions de la lutte pour l'existence, qu'il faudrait maintenir entre les êtres humains, de telle sorte que la loi naturelle de sélection réalise un progrès continu. Dans notre pensée, la coexistence sociale implique un besoin de sécurité, les luttes sociales impliquent un besoin de justice, l'évolution vers le progrès un déve-

loppement de moyens — dont la notion de l'ordre SOCIAL est inséparable. — L'ordre social comprend donc diverses conditions, certains agencements, certaines réglementations indispensables à la réalisation de la justice et au développement de la civilisation. L'Etat contribue au règne de la justice en réglementant les rapports sociaux, en définissant, dans les limites fixées par la loi naturelle, les droits et obligations des individus, des familles, des collectivités, en faisant respecter ces droits, en assurant l'accomplissement des devoirs sociaux, tant par des lois civiles que par des lois administratives ou pénales.

Rentre, en outre, dans l'ordre social à maintenir et *à améliorer* la tâche de multiplier et de perfectionner, dans la société, les moyens, que doivent y trouver les individus et les groupes, pour remplir leurs devoirs d'assistance à autrui et pour se procurer à eux-mêmes et plus facilement plus de bien-être et plus de bonheur. L'Etat remplit cette tâche en exécutant des travaux et en créant des institutions d'utilité publique, d'une manière générale en améliorant les *conditions* au milieu desquels les activités individuelles et les efforts collectifs se produisent, afin de promouvoir ces activités et de les rendre plus efficaces et de contribuer ainsi *indirectement* à l'œuvre de la civilisation.

Nous rejetons à la fois la thèse de l'Etat-gendarme, qui réduit outre mesure la mission de l'Etat, et aboutit à lui donner pour idéal de n'être pas, de disparaître.

Nous nous séparons non moins énergiquement des partisans de l'Etat-Providence, pour qui la perfection de l'Etat serait d'être tout.

Pour nous, la mission de l'Etat est de réaliser dans la société *l'ordre nécessaire à sa sécurité, au respect de tous les droits, au développement de la civilisation.*

131. L'Etat est idéalement l'organisme moral charger de réaliser l'ordre.

Ce but complexe assigné l'Etat suppose et exige de lui des activités très diverses, des interventions variées, des compétences de toutes sortes. Il semble bien démontré aujourd'hui qu'au lieu de diminuer, l'intervention du pouvoir s'accroît au contraire avec la civilisation (5). Les lois, les règlements et les fonctions nouvelles augmentent d'année en année dans les sociétés avides d'ordre et de progrès, en Angleterre comme en France, aux Etats-Unis comme sur le Vieux Continent. — *Aussi, l'État a-t-il cessé d'être une fonction personnelle* déléguée à un seul; grâce à la transformation des formes de gouvernement et à la division des pouvoirs, *il est devenu un vaste ensemble, une collectivité nombreuse, un puissant organisme* un organisme moral, s'entend ; car l'Etat (sensu stricto) n'est pas plus que l'Etat (sensu lato) *un être vivant,* un individu physiquement existant.

Ces longues considérations nous permettent de préciser l'*idée* qu'il faut se faire de l'Etat (*sensu stricto*). *Il faut y voir l'organisme moral, dont toutes les parties et dont tous les actes doivent harmonieusement contribuer à réaliser dans la société politique un certain ordre,* sans lequel manqueraient ou seraient inefficaces les éléments de sécurité et les conditions de justice et de progrès, dont les individus ont besoin pour accomplir leur destinée personnelle. Cette définition distingue nettement la fin de l'homme qui est le bonheur, de la fin de la société politique elle-même qui est de pourvoir aux besoins de sécurité de justice et de progrès, et de la fin de l'Etat (sensu stricto) qui est de procurer l'ordre sans lequel il n'y aurait ni liberté pour personne, ni assistance de personne ni coopération possible des diverses parties du corps social à l'œuvre commune de conservation et de civilisation.

(5) *Dupont White:* L'individu et l'Etat; — *de Laveleye:* Le gouvernement de la Démocratie, I. p. 28 ss.

§ 2. Siège et délation du pouvoir.

132. Le siège du pouvoir n'est pas fixé par la nature. Occupons nous à posent du pouvoir considéré d'une manière *concrète*, de sa délation et de son exercice, de son mode d'attribution à un ou à plusieurs titulaires.

Ce problème a de tout temps préoccupé les philosophes et les théologiens. C'est au XVIme siècle surtout que la science catholique, préoccupée de défendre les droits de la Papauté contre le protestantisme, combat avec énergie la théorie du droit divin des princes, lui opposant la théorie de souveraineté du peuple. Après S. Thomas (6), *Suarez* et *Bellarmin* se prononcent pour l'opinion qui fait de la société toute entière le sujet primitif du pouvoir civil, de sorte que l'autorité publique dérive pour eux médiatement de Dieu, immédiatement du peuple. La même thèse se retrouvera plus tard dans les écrits de J. J. Rousseau, mais appuyée sur une base chimérique, le contrat social, et dénaturée par une idée fausse autant qu'anarchique, l'inaliénabilité de la souveraineté.

Nous croyons, pour notre part, que si les princes ne sont pas les élus de la nature ou du ciel (7), il n'est pas vrai non plus que la puissance publique appartienne de droit naturel, à la multitude, au peuple. La démocratie n'est pas plus que la monarchie ou l'aristocratie une institution de Droit divin. *En matière de délation du pouvoir, en d'autres termes en matière de forme de gouvernement, la nature n'a rien décrété, il n'y a pas de Droit divin, il n'y a rien d'absolu*, rien de nécessaire : il n'y a que des contingences, des faits humains. Dans son Encyclique aux catholiques Français, Léon XIII écrit ces paroles : « On ne rencontre pas chez tous les peu-
» ples le pouvoir politique sous une même forme : chacun

(6) C'est du moins l'opinion commune. — M. E. Crahay, la conteste dans sa *Politique de S. Thomas d'Aquin*, p. 48 ss.

(7) Laissons de côté, bien entendu, en tout ceci, l'histoire spéciale du peuple juif.

» possède la sienne propre. *Cette forme naît de l'ensemble* » *des circonstances historiques ou nationales, mais* **tou-** » **jours humaines**, qui font surgir dans une nation ses lois » traditionnelles et mêmes fondamentales : et par celles-ci » se trouve déterminée telle forme particulière de gouver- » nement, telle base de transmission des pouvoirs. »

Il est impossible de préciser les circonstances qui, au début des temps, ont pour la première fois fait d'un homme, le maître, le chef d'une tribu ou d'un peuple. Mais la suite des siècles nous montre les causes les plus diverses, présidant à la délation du pouvoir : la force, les services rendus, l'extension de l'autorité domestique, les ententes collectives. Quels qu'aient été les moyens d'installation du pouvoir, celui-ci est, à n'importe quelle époque, tellement indispensable à la société politique, qu'une fois existant, il a droit au respect des citoyens et à leur soumission. L'on peut dire qne le premier souverain légitime est le premier souverain effectif, le premier pouvoir établi ; de sa nécessité résulte pour tous le devoir de le maintenir et d'obéir à ses commandements (8).

La philosophie se bornerait donc, en se fondant sur l'inéluctable nécessité des gouvernements, à prescrire aux citoyens le devoir de se soumettre à ceux qui existent, mais ne fournirait pas le *criterium* de leur légitimité. La question de savoir quand il y a pouvoir établi devrait toujours trouver sa solution, non dans les théories et les principes, mais dans les faits et les contingences historiques.

(8) Après avoir affirmé que tous les gouvernements sortent de circonstances historiques, toujours humaines, Léon XIII dit : « Inutile de rappeler » que tous les individus sont tenus d'accepter ces gouvernements, et de ne » rien tenter pour les renverser ou pour en changer de forme. »

Plus loin, Léon XIII parle des changements et des crises politiques qui parfois viennent détruire en fait les gouvernements préexistants : « Voilà » l'anarchie qui domine ; bientôt l'ordre public est bouleversé jusque dans » ses fondements. Dès lors, une nécessité sociale s'impose à la nation ; elle » doit, sans retard, pourvoir à elle-même. »

133. Actuellement, la délation du pouvoir est réglée par le Droit positif.

Au surplus, il ne s'agit plus aujourd'hui de premier souverain ; dans tous les pays, le sort de la souveraineté a été réglé ; les Constitutions en vigueur démembrent la puissance publique en *branches ou pouvoirs*, dont la transmission se fait, pour chacun, *suivant des règles spécialement établies*. Quelque soit le mode originaire d'après lequel le pouvoir souverain ait été investi de sa puissance, il est certain, qu'étant l'incarnation de l'Etat tout entier, il a eu le droit de fixer un ordre politique ou constitutionnel, d'après lequel se trouvent désormais réglées les conditions et les formes de transmission des pouvoirs : hérédité, ou élection. Les modes de délation de la souveraineté sont désormais déterminés par des prescriptions émanées du souverain lui-même.

134. Détermination philosophique du mode primitif d'acquisition légitime du pouvoir. — Théorie du marquis de Vareilles Sommières.

La Philosophie et le Droit naturel n'ont pas renoncé pourtant à l'étude du problème, et continuent à rechercher *le mode primitif ou originaire d'acquisition légitime du pouvoir*. Nous ne pouvons nous arrêter à l'exposé et à la critique des nombreuses opinions qui ont vu le jour sur ce sujet (9). Pour notre part, nos préférences vont à l'ingénieuse doctrine, proposée par le marquis *de Vareilles Sommières* dans ses *Principes fondamentaux du Droit*.

Il n'y a pas de droit divin en matière de souveraineté. Elle n'appartient de droit naturel à personne, ni à un seul ni à tous Personne n'en étant investi de plein droit par la nature, la souveraineté est donc originairement une *res*

(9) Tous les systèmes sont lumineusement exposés et appréciés par le marquis de *Vareilles Sommières*, dans ses *Principes fondamentaux du Droit*.

nullius (10), une chose vacante, que les nécessités rationnelles et pratiques commandent d'attribuer au pouvoir occupant (11).

Occuper la souveraineté, c'est en prendre possession en cas de vacance. Or, comme *elle consiste en un ensemble de droits* et que la possession des droits se confond avec leur exercice (c. c. 2228) il suit de là que *prendre possession de la souveraineté, c'est l'exercer.*

C'est donc exercer la puissance publique, accomplir les fonctions de l'Etat, commander à la nation d'une manière effective, c'est-à-dire en être obéi. Or, *cette obéissance ne se conçoit pas sans le concours de la nation ;* il faut tout au moins que celle-ci ne se révolte pas contre l'autorité qui lui commande, se soumette aux lois qu'elle en reçoit. *La nation coopère donc nécessairement, par une attitude au moins passive, à la prise de possession du pouvoir.* Ce n'est pas la nation qui toujours choisit son chef; mais du moins elle l'accepte, elle s'y soumet plus ou moins volon-

(10) Il n'y pas lieu de s'effaroucher de cette formule. Le marquis de Vareilles Sommières, on va le voir, l'applique de manière à arriver pratiquement aux mêmes résultats que la théorie traditionnelle. Il ne dénature nullement le caractère *incorporel*, *collectif* et *public* de la souveraineté. Sa permanente nécessité comporte certaines vacances : aucun système de la souveraineté n'y peut échapper.

(11) On sait que le Droit civil admet la possession (quasi-possession) des choses incorporelles, des droits. Art. 2228. Il n'y donc rien d'antijuridique à admettre la prise de possession de la souveraineté.

D'autre part, le caractère collectif et public de la souveraineté (fonction sociale) n'implique pas qu'elle ne puisse s'acquérir par voie d'occupation, comme les choses susceptibles d'appropriation individuelle et privée, mais que les modes d'occupation, les conditions de la prise de possession de la souveraineté sont complexes et spéciales : le marquis de Vareilles de Sommières s'ingénie à les décrire longuement.

Dira-t-on que l'occupation est un fait, et que le fait ne peut produire le Droit; que s'il en est autrement pour l'occupation conduisant à la propriété, c'est par ce qu'elle présuppose chez l'occupant le droit de devenir propriétaire ? Nous répondrons, ou bien que l'occupation de la souveraineté présuppose aussi chez l'occupant le droit égal de tous de devenir souverain, ou encore que le fait de l'occupation est légitimé par la nécessité morale du pouvoir imposée à la société par son Auteur.

tairement. En d'autres termes, la prise de possession du pouvoir est impossible, si le peuple s'y oppose : les partisans de la souveraineté du peuple aboutissent pratiquement à la même conclusion.

L'occupation de la souveraineté impliquant avec l'exercice effectif du pouvoir, l'obéissance obtenue du peuple, la soumission des sujets n'est pas l'œuvre d'un jour ; elle exige certains délais, une période de temps plus ou moins longue.

On ne conçoit guère qu'elle se réalise par un fait unique : elle implique plutôt une succession de faits, une suite d'événements. Presque toujours elle est préparée par les circonstances ; elle s'opère insensiblement, sans secousse ni violence Les publicistes de l'*Ecole historique* n'ont-ils pas dit : les gouvernements ne se font pas, ils poussent ?

Il est difficile d'admettre que le premier venu devienne l'occupant du pouvoir. Pour réussir à s'emparer effectivement de la souveraineté, il faut des qualités particulières, de l'énergie, de l'activité. Le pouvoir va naturellement à la supériorité. L'on peut admettre, d'ailleurs, qu'aux époques de barbarie primitive, la force donne une supériorité réelle.

Quelle sera, dans cette théorie, la forme de l'Etat ? Cela dépendra des circonstances, des temps et des lieux. L'occupation peut être l'œuvre d'un individu, d'un chef de famille dont l'autorité s'est étendue de proche en proche, d'un possesseur de vastes domaines, d'un chef militaire après la conquête d'un territoire, d'un homme de génie, élevé par ses talents, ses vertus, au-dessus de ses concitoyens.

L'occupation de la souveraineté peut aussi être le fait d'un groupe de citoyens, des notables par exemple.

Elle sera souvent l'œuvre de la majorité des hommes faits, c'est-à-dire de tous les individus composant ce que d'habitude on nomme le peuple. En semblable hypothèse, le peuple est souverain, non de droit naturel, mais en qualité de premier occupant. La vacance du pouvoir peut donc conduire à l'établissement d'une démocratie comme d'une aris-

tocratie ou d'une monarchie. Tout dépend de la manière dont le pouvoir vacant est réoccupé. « Ce que nous ne pouvons » admettre, dit le marquis de Vareilles Sommières, c'est que » la communauté entière, qui comprend des femmes, des » enfants, des jeunes hommes sans expérience, des esprits » bornés ou grossiers, des ignorants, des indignes, des négli» gents, soit *naturellement* investie de la souveraineté, et » que *tous doivent être consultés sur l'établissement de la* » *forme du gouvernement.* »

135. Faiblesse des arguments en faveur du principe de souveraineté populaire initiale.

La théorie du marquis de Vareilles Sommières bénéficie d'abord du peu de valeur des arguments sur lesquels on appuie la théorie commune de *souveraineté initiale* du peuple, et de la gravité des objections auxquelles celle-ci donne prise.

Le *premier argument* qu'on invoque pour la justifier est celui-ci : le pouvoir n'appartient de droit naturel à personne: tous les hommes sont égaux; la souveraineté ne peut donc appartenir qu'à la société elle-même, à l'universalité des citoyens. Cet argument, on le voit, tend à reconnaître au peuple, non seulement le droit de choisir le souverain, mais la possession même de la souveraineté. Il ne nous semble pas concluant. De ce qu'une chose n'appartient à personne, il n'est point, en effet, permis de conclure qu'elle appartienne à tout le monde. De ce que nul n'est désigné pour être chef, suit-il que tous aient le droit de commander ?

Le *second argument* assimile l'Etat *(sensu lato)* aux sociétés ordinaires. Dans toute société, les associés règlent, comme ils l'entendent, la direction de la société ; il en doit être de même dans la société politique. — Est-il nécessaire d'observer qu'il n'y a aucune analogie entre les deux cas ? Les sociétés politiques d'ordinaire ne sont point issues de contrats ; les sociétés privées au contraire naissent de con-

ventions, leurs membres se choisissent librement et déterminent à leur gré leurs obligations; il leur appartient d'organiser à leur gré la direction sociale ; et, si le contrat de société ne stipule rien à cet égard, ils conservent, pour tout ce qui s'y rapporte, leur pleine liberté, leurs droits complets.

Le *troisième argument* a plus de poids. De même que la société est nécessaire à l'homme, le pouvoir est indispensable à la société politique. Celle-ci doit être munie de ce qui lui est indispensable pour s'organiser, se maintenir, atteindre son but. De ce qu'elle a besoin du pouvoir, ne faut-il pas conclure à son droit de l'établir ? La prérogative d'instituer un gouvernement est une faculté naturelle dont l'Auteur de la Société politique l'a pourvue, en lui imposant la nécessité d'être gouvernée, sans pourvoir lui-même à l'institution du gouvernement.

Cet argument ne nous paraît pas décisif. Dieu établit la nécessité du pouvoir, mais il n'établit pas le pouvoir ; il ne le confie ni à un seul homme, ni à une classe, ni même au peuple tout entier. En d'autres termes, *ni la monarchie, ni l'aristocratie, ni même la démocratie ne sont de Droit divin.* Qu'en résulte-t-il ? C'est que l'acquisition et la transmission du pouvoir s'opèrent par des faits humains. De ce que les peuples ont besoin d'autorité, on peut bien conclure qu'ils ont le droit de l'établir, *lorsqu'elle fait défaut.* Mais on peut aussi en induire qu'ils ont le devoir de s'incliner et de se soumettre, dès que l'autorité, qui leur est nécessaire, vient à se trouver *établie* même sans qu'ils y concourrent directement.

M. Giron indique un *quatrième argument*, La nation, dit-il, résume en soi la somme de toutes les intelligences : la volonté du plus grand nombre est le seul *criterium* possible de la justice. On peut répondre que le *criterium* pratique de la justice sociale réside plutôt dans le jugement des citoyens les plus honnêtes et les plus instruits. Le suffrage de la majorité numérique des citoyens n'exprime que trop

souvent la volonté de la foule ignorante et prompte à se laisser égarer.

136. Première objection au principe. Le principe de souveraineté initiale du peuple donne prise à *deux graves objections*. Indiquons les, en constatant bien nettement qu'elles atteignent non pas la souveraineté nationale, telle que l'entend notre Constitution, mais uniquement la souveraineté comprise comme attribut originel, dont tout peuple serait en tout cas et inviolablement titulaire, dès le premier moment de son existence, par Droit naturel ou Divin.

Ces objections tirent leur force de la théorie des droits, rappelée ci-dessus (pages 185 ss.). Il a été dit que les droits naturels innés se résument en attributs généraux de la personnalité, propres à tous les individus humains, et ne pouvent comporter aucune distinction entre titulaires capables et titulaires incapables de les exercer, entre titulaires ayant la jouissance ou la possession de ces droits et titulaires les exerçant pour autrui, par représentation, comme les tuteurs pour leurs pupilles.

Cette notion interdit d'ériger en droit naturel originaire la souveraineté du peuple, si les peuples offrent au point de vue de son exercice des périodes évidentes d'incapacité ; et si, reconnue par hypothèse à tous les individus ou à leur masse individualisée, elle ne peut en fait appartenir effectivement qu'à quelques-uns, qu'à une minorité,organe plus ou moins réel de la majorité seulement citoyens majeurs et capables.

Or, si, repoussant l'Idéologie de l'Ecole doctrinaire, c'est-à-dire le dogme vide de la souveraineté de la raison et de la justice,l'on aborde de front la difficulté de la désignation des titulaires de la souveraineté du peuple, l'on devra bien choisir entre le *système de J. Jacques et de son Ecole,* attribuant la souveraineté à l'universalité des citoyens (Constitution de 1793) et la *théorie organique moderne,* qui en fait un attri-

but de la nation considérée comme être moral, comme personnalité juridique.

Le premier système est irréalisable et chimérique : partout, même dans les démocraties les plus larges, la souveraineté est l'apanage effectif d'un petit nombre de citoyens. Impossible donc de reconnaître comme un droit naturel, inné et universel, un droit qui pour la masse n'existe pas, ne représente aucune prérogative sérieuse et réelle.

Le second système ne satisfait pas d'avantage l'esprit. On a beau personnifier la société politique: Bluntschli, Schäffle, Herbert Spencer, en Belgique Macors, Thimus, Callier s'ingénient en vain à parer d'un manteau d'éloquence l'être abstrait qu'ils imaginent pour répondre à l'appel de ce mot : peuple ou nation ; ils ne font vivre et agir la souveraineté qu'en l'incarnant dans les individus, qu'en réservant son exercice à un nombre plus ou moins grand de citoyens, représentant tout au plus la 1/2 plus un de la masse, non pas de tous les membres, mais seulement des membres capables de la société politique.

Au surplus, que l'on considère ceux-ci ou la Société elle-même en tant qu'individualisée, il est puéril de parler de capacité initiale : c'est méconnaître l'évolution et le progrès. La souveraineté, loin d'être un droit inné et originaire, apparaît plutôt comme un fruit de civilisation, disons, si l'on veut, comme un fruit naturel de civilisation, comme l'un de ces droits *particuliers* ou *acquis*, n'ayant rien d'absolu rien d'essentiel, ni de nécessaire, à la poursuite desquels peuvent longtemps parfois s'acharner les peuples,comme s'acharnent les individus à la conquête de la fortune.

De nos jours même, les meilleurs auteurs (Prins, de Laveleye, par ex.), en critiquant les choix du suffrage universel et en recherchant les moyens de le mieux organiser, reconnaissent l'incapacité politique des peuples modernes. A plus forte raison, doit-on dénier aux nations naissantes les qualités requises pour exercer ou déléguer le pouvoir.

Les peuples n'apparaissent guère, à leurs débuts, comme en état de se gouverner eux-mêmes. Comment, dès lors, les proclamer souverains par droit de nature ?

Si l'on admet même qu'un peuple forme un être moral, une personne juridique, encore devrait-on reconnaître que cette personne, comme tout organisme vivant, a son enfance, son adolescence, passe par des périodes de développement. Il y a des peuples enfants, des nations mineures. La souveraineté ne devrait logiquement être reconnue qu'aux peuples ayant atteint leur pleine maturité.

Les partisans de la souveraineté du peuple à titre de droit naturel originaire, sont donc impuissants à nous montrer les sujets, les vrais titulaires de cette souveraineté. Et en la reconnaissant en fait à un groupe seulement d'individus — si nombreux qu'il puisse être — ils se contredisent, ils tournent le dos à la notion des droits innés.

137. Seconde objection au principe. La souveraineté innée du peuple donne prise à une seconde objection, aussi grave que la première.

Le *Marquis de Vareilles Sommières* la développe avec beaucoup de force.

Les partisans du principe se divisent en deux groupes : les uns érigent la souveraineté populaire en droit inaliénable et imprescriptible : ils accordent ainsi au peuple le droit permanent de révolte, le droit perpétuel de renverser les autorités établies.

Les autres enseignent que la souveraineté populaire est aliénable et prescriptible, que la nation doit obéir au gouvernement qu'elle s'est donné, respecter les autorités émanées d'elle. Leur théorie n'en aboutit pas moins à reconnaître le droit absolu de la majorité, à ne reconnaître comme légitime que ce qui est son œuvre ; elle ne peut dès lors échapper aux conséquences, qui vont être dites :

1° Si la majorité décide de se passer de gouvernement,

l'anarchie devient légitime et sans remède. En dehors de la majorité, qui pourrait constituer le pouvoir ?

2° Si le gouvernement issu de la majorité commet des malversations et pratique l'injustice, la révolte sera toujours interdite, puisque la minorité n'est jamais souveraine. Nous admettons, au contraire, qu'en certains cas la *minorité* tyrannisée a le droit de s'insurger contre la majorité.

3° Enfin, il y a des modes d'acquisition de la souveraineté inconciliables avec le principe de souveraineté populaire. Parmi ces modes figure le droit de conquête. Comment le légitimer, si le peuple conquis ne s'y résoud point ?

138. Conclusion. Les peuples ne sont donc pas de Droit divin en possession originaire et permanente de la souveraineté : c'est un droit qu'ils ont dû généralement acquérir ou conquérir (12). Tout dépend des faits, des contingences sociales, de l'évolution politique. L'action de la Providence (13) peut se manifester dans la marche des événements qui président aux transformations des institutions et à l'élévation au pouvoir des princes et des chefs d'Etats. Mais le Droit naturel ou Divin, qui au sein des familles met au front du père la couronne de l'autorité, ne remet à personne le sceptre du pouvoir dans les Etats. Il laisse à son sujet les hommes, les groupes humains s'agiter, se disputer, se concerter au besoin. Dieu s'est borné à jeter parmi eux des besoins et des germes d'autorité, qui la font jaillir à un moment donné sous l'empire de circonstances diverses, et qui la font se maintenir, se développer, se transformer, donner lieu parfois à des vacances suivies de reconstitutions difficiles, auxquelles cependant peuvent toujours

(12) Dans l'Encyclique *Diuturnum*, Léon XIII en déclarant que les souverains peuvent tenir *parfois* le pouvoir de la multitude, indique qu'ils ne la tiennent pas toujours d'elle.

(13) L'homme s'agite et Dieu le mène. — Relire *Bossuet* : Discours sur l'histoire universelle. Suivant *Onclair*, le mode d'acquisition originaire du pouvoir est toujours un fait Providentiel.

s'appliquer ces expressions : prise de possession ou établissement du pouvoir.

En d'autres termes, la délation de l'autorité vacante, la localisation de la souveraineté, la fixation du siège du pouvoir ne sont pas l'œuvre de la nature, mais des circonstances, des faits historiques. Le Droit naturel ne fournit pas le *criterium* de la légitimité des gouvernements. Son rôle se borne, en se fondant sur l'inéluctable nécessité du pouvoir, à prescrire aux citoyens de se soumettre aux autorités établies. Quelles sont-elles? D'ordinaire, il suffira pour les reconnaître d'ouvrir les yeux; nul embarras de fait, de conscience, d'attitude correcte à prendre ne surgira d'ordinaire. Ce n'est que dans certaines périodes troublées par des révolutions ou de graves transformations, que les indécisions et les scrupules pourront naître. Ces indécisions et ces scrupules ne désorienteront que les esprits sans boussole, ignorants de leurs devoirs sociaux, ne voyant pas qu'ils se résument pratiquement dans la lutte contre l'anarchie et le désordre d'une part, d'autre part dans le dévouement à la cause du progrès, même dans le domaine des institutions politiques. Les bons citoyens ne font pas les révolutions; mais ils ne les préparent pas non plus par un conservatisme aveugle, protecteur des abus et rebelle aux transformations réclamées par l'esprit public et les besoins mouvants de la société.

139. Cette doctrine n'expose-t-elle pas au despotisme?

La théorie du *Marquis de Vareilles Sommières* a été critiquée, mais non réfutée (14). En vain lui reprocherait-on de conduire au despotisme en permettant au premier venu de s'emparer du pouvoir et de tyranniser les citoyens.

Il n'en est rien : tel n'est pas le sens de la théorie, on l'a bien vu plus haut. — L'étendue des pouvoirs du souverain ne dépend nullement du mode d'acquisition de sa puissance.

(14) *Crahay* : La Politique de S. Thomas, page 65.

Dans tous les systèmes, le premier souverain apparaît comme dépositaire d'un pouvoir général, que rien ne définit : ce n'est qu'au prix d'énergiques efforts et de luttes séculaires que les peuples conquièrent des garanties et des moyens de défense et de contrôle.

Et pour expliquer ces efforts et justifier ces luttes, les peuples n'ont nul besoin d'invoquer leur prétendue souveraineté. Il leur suffit à tous et en tout temps, de rappeler au pouvoir sa mission, et de se souvenir de leurs droits. Au pouvoir incombe la tâche d'établir, de conserver et d'améliorer progressivement l'ordre politique, en conséquence de perfectionner successivement l'organisation des institutions, les systèmes électoraux, le régime des libertés publiques : et c'est précisément en cela que résident les garanties et les moyens de défense contre le despotisme ; c'est en cela, nous allons le voir, que consiste effectivement la vraie souveraineté nationale, la participation sérieuse et effective des citoyens à l'exercice et au contrôle de l'autorité publique.

D'autre part, si la nature ne dépose pas directement le gouvernement entre les mains de tous les citoyens, si elle ne les rend pas originairement et nécessairement titulaires de la souveraineté, elles les soumet pourtant à la nécessité pour atteindre leur fin de vivre en société sous une direction politique, *débitrice à leur égard d'assistance et de protection.* Les individus ont donc — de par nature et originairement — le droit d'être régis par un gouvernement, et par un gouvernement qui respecte la liberté et remplisse sa mission sociale. D'où cette conséquence, non seulement qu'en cas de vacance de l'autorité, ils pourraient y pourvoir d'une manière quelconque (15), mais que vis-à-vis de tout gouvernement, c'est pour eux un droit de réclamer progressivement des moyens de défense contre le despotisme et des garanties de bonne gestion. Dans son livre sur « *La liberté politique dans l'Etat moderne* », un publiciste français fort estimé, *A. Desjardins,*

(15) Voyez comment cela s'est fait en Belgique en 1830.

membre de l'Institut, fait consister cette liberté dans les divers moyens de résistance dont disposent les citoyens pour se protéger contre les abus de pouvoir de l'Etat ; elle comprend les deux catégories de droits connus sous le nom de droits politiques et de droits publics. D'où dérive-t-elle ? Du droit que l'auteur reconnaît aux citoyens de défendre leur liberté,d'organiser la résistance à la force.— Nous allons plus loin. Cette liberté politique, qui est un fruit de la civilisation, nous l'identifions avec la souveraineté nationale, et nous y voyons le couronnement des luttes auxquelles donne lieu l'évolution historiquedes peuples, armés à tout instant contre le pouvoir du droit originaire et inviolable de réclamer de lui des *garanties de bon gouvernement*. Aux époques barbares et grossières, c'est à la force même que les peuples ont souvent recours pour se défendre contre les excès du pouvoir. Mais une fois conquis certains droits politiques et mises hors d'atteinte certains libertés, au fur et à mesure que les mœurs s'adoucissent et que la civilisation progresse, le recours à la force fait place à d'autres moyens: tels, le refus de subsides, le refus de services, la résistance passive. Plus tard, c'est par voie de pétitions, par l'exercice énergique des libertés acquises, par l'usage viril des droits déjà obtenus, que les nations parlent aux souverains et leur manifestent leurs volontés. Et c'est ainsi que les régimes se développent, se transforment, et progressent, ou parfois s'altèrent et se détruisent: car les nations comme les souverains sont sujettes à s'égarer ; ce n'est pas toujours par le triomphe de la justice et la réalisation du « bien ou du mieux » que se dénouent les conflits, que s'arrêtent pour un temps les batailles sociales.

Où donc est la nécessité de recourir à l'hypothèse de la souveraineté initiale et théorique du peuple, pour légitimer ces luttes en vue de l'obtention de la souveraineté nationale effective ? Il suffit pour tout expliquer de définir l'Etat et sa mission, et de ne pas dénier aux citoyens parmi leurs

droits innés le droit *général* d'être bien gouvernés (voir page 187).

140. Applications aux événements de 1830. L'on peut remarquer que la théorie de M. de Vareilles Sommières s'harmonise parfaitement avec notre Constitution et avec les faits et incidents qui ont suivi en 1830 la chute du gouvernement du roi Guillaume et amené notre pays à l'indépendance et à la souveraineté.

La Révolution — faite au nom du droit de légitime défense d'un peuple opprimé contre une irrémédiable tyrannie — rend en 1830 la souveraineté vacante en Belgique.

Le Gouvernement provisoire(16) en prend possession, gouverne, légifère, administre, obtient l'adhésion et l'obéissance du pays, crée un nouveau corps électoral, qu'il convoque ensuite pour la désignation des membres d'un Congrès national.

Le Congrès continue l'œuvre de prise de possession au nom du peuple Belge, qui s'incline devant ses décrets; il dote la Belgique d'une constitution, d'une dynastie et organise tous les pouvoirs.

Y a-t-il en tout cela un seul fait contre lequel la théorie proposée vienne se heurter ?

Quant au texte de la Constitution (art. 25), loin de contrarier cette théorie, il en est en quelque sorte une éclatante application. L'art. 25 n'est-il pas l'affirmation solennelle de la prise de la possession au nom du peuple Belge de la souveraineté vacante. « Tous les pouvoirs émanent de la nation ». C'est le Congrès national qui parle ; c'est lui qui, au nom du peuple révolté contre l'étranger, affirme devant le monde l'indépendance du pays, se proclame assemblée constituante

(16) **Dans l'hypothèse d'une vacance de souveraineté, c'est-à-dire en cas d'anarchie, il est du devoir de chacun, et spécialement il incombe aux bons citoyens de provoquer l'institution d'un gouvernement, et même au besoin de prendre eux-mêmes les rênes du pouvoir.**

libre et souveraine, et assume la tâche d'établir les bases fondamentales du nouveau régime. L'art. 25 n'est pas une formule de droit naturel, un principe philosophique. C'est avant tout un acte, un acte juridique en même temps qu'un fait historique. C'est une déclaration expresse, positive et publique d'occupation du pouvoir. C'est la ratification solennelle des choses accomplies; l'insurrection, l'expulsion des Hollandais, l'établissement du gouvernement provisoire, les élections, la réunion du Congrès national. C'est le terme et le couronnement de la Révolution, C'est donc la proclamation de la décheance de la souveraineté en Belgique, non seulement des Nassau, mais de toute souveraineté étrangère, et l'installation de la souveraineté nationale, non à titre de droit initial et primitif des peuples, mais à titre de droit acquis par la Révolution, fruit des événements et de l'énergie de tous.

141. Transition. Il n'y a pas de souveraineté primitive, innée, du peuple. Dans tous les Etats, la possession de la souveraineté résulte des faits, de l'histoire, des contingences historiques. Et là seulement la souveraineté est vraiment et doit être dite nationale, où elle se trouve dégagée des chaînes de l'étranger, où elle se montre l'organe du Droit et l'instrument de sauvegarde des libertés publiques, où elle a cessé d'autre part d'être dans sa plénitude le monopole d'une individualité, d'une famille ou d'une minorité, pour être répartie, partiellement au moins, dans les fonctions suprêmes qu'elle comporte, non pas entre tous les habitants du pays, mais entre les hommes faits, entre les citoyens formant la majorité, l'élément viril et actif d'une nation.

Et ceci nous amène, comme au terme du chapitre précédent à voir dans l'Etat moderne, dans le Souverain tel que nous le connaissons, un grand ensemble, une vaste collectivité (v. page 238), un organisme complexe, à multiples

rouages et à personnel nombreux et variable. Etudions à présent cet organisme. Voyons le de plus près. Cherchons à en définir les caractères, à en préciser les attributs.

Cette tâche nouvelle va nous mettre en présence d'un difficile problème : *celui de l'individualité ou de la personnalité de l'Etat.* Mais elle nous permettra de comprendre et d'expliquer mieux encore notre pensée au sujet de la Souveraineté nationale.

§ 3. Les attributs de l'Etat-pouvoir. — La Souveraineté nationale (17),

142. Nature et origine de ces attributs.

L'Etat-pouvoir se caractérise, selon nous, par *trois attributs fondamentaux* : *la souveraineté, la nationalité* (caractère national), *l'individualité juridique.*

On se tromperait étrangement, si on érigeait ces attributs en caractères *innés, originaires, absolument* essentiels à tout Etat, dans tous les temps et dans tous les pays.

Nous y voyons, au contraire des traits spéciaux à l'Etat moderne, des modalités issues du progrès et de la civilisation, des propriétés ou des droits acquis pour l'Etat lui-même, auquel ils donnent aujourd'hui comme une physionomie propre, mais aussi des garanties conquises au profit de la nation, qui trouve en eux de précieux éléments de sauvegarde.

(17) *Pollock.* Introduction à l'étude de la science politique. *Paul Janet* Histoire de la science politique. *Bluntschli* Théorie générale de l'Etat, *Baudrillart* Bodin et son temps. *Hancke* Bodin, eine studie über den Begriff der Souverainetät (1894). *D'Eichtal* Souveraineté du peuple et gouvernement. *Combothecra* La conception de la souveraineté, dans la Revue Larnaude 1897, t. 8. p. 241 ss. *Dunning* Jean Bodin en Sovereignty, dans Political science quaterly, Mars 1896. *John Dewey.* Austin's theory of Sovereignty, dans Political science quaterly, Mars 1894. *State, Sovereign, Government.* Political science quaterly. Juin 1895, *Orlando* Principii di Diritto costituzionale *Léon Duguit* L'Etat, le Droit objectif et la loi positive.

Si nous avions à fixer l'ordre chronologique, dans lequel ces attributs ont été affirmés, nous aurions naturellement à tenir compte de l'histoire particulière de chaque Etat. Mais, d'une manière générale, c'est dans l'antiquité que nous trouverions les premières affirmations de la souveraineté; c'est au moyen âge que le caractère national de l'Etat devrait être indiqué comme ayant pris naissance avec le régime représentatif.

L'idée de la personnalité de l'Etat — objet de controverses si ardues — est d'origine toute moderne : de nos jours seulement l'importance de cette notion juridique s'accentue et sa vraie signification demande à être précisée.

C'est par l'exposé de cette notion, que certains publicistes sont d'avis de commencer. Ils établissent un rapport direct entre la personnalité de l'Etat et sa souveraineté. Un éminent publiciste Italien, ORLANDO, professeur à Messine, développant l'idée émise en Allemagne par GERBER (Grundzüge des Deutschen Staatsrecht) voit dans la souveraineté l'affirmation de la personnalité de l'Etat : la souveraineté équivaut pour l'Etat au *Cogito, ergo sum* de Descartes pour l'esprit humain.

La souveraineté de l'Etat impliquant *pouvoir* et *volonté* présupposerait la personnalité de l'Etat. — Nous sommes plutôt d'avis que la personnalité de l'Etat n'est qu'une formule abstraite et purement technique, admise pour mieux expliquer l'unité, la continuité, et le caractère public ou national de l'Etat ou de la souveraineté.

Nous commencerons donc par étudier l'attribut de souveraineté, le plus vulgaire, le plus complexe pourtant, ajoutons le plus vaguement interprété. Mais l'étude de ce concept nous permettra d'élaguer nombre d'erreurs, d'idées obscures, en d'autres termes de déblayer le terrain. Une fois en possession d'une notion exacte de la souveraineté, nous aurons chance d'aborder avec plus de succès les problèmes de *nationalité* et de *personnalité*.

I. La Souveraineté.

143. Préliminaires. Abordons cette étude délicate : *la théorie de la souveraineté.* Nulle théorie n'a donné lieu à plus d'erreurs, n'a été obscurcie par plus de passions et de préjugés,n'a été embrouillée par une terminologie plus indécise et plus confuse, et surtout, par les formules creuses de J. J. Rousseau et de son école.

Au moment où nous écrivons (1905), de nombreux publicistes s'ingénient à faire l'accord sur la notion de la souveraineté. Vains efforts ! Aucune définition n'arrive à s'imposer. Ce qui va suivre constitue un sérieux et sincère effort pour atteindre à la *netteté* des notions, à leur *exactitude* objective, à leur conformité, aux faits et notamment aux réalités de notre vie nationale.

Nous avons fait pressentir déjà que nos opinions se rattachent aux théories de Bodin, reprises et développées par les publicistes Anglais et Américains. La *Bibliographie du sujet* (18) comprend notamment en *Angleterre :* les noms

(18) Austin — Theory of Jurisprudence.
Holland – The Elements of Jurisprudence.
Sidgwick — The Elements of Politics.
Crane et Mosès — Politics.
De Pomeroy — Constitutional Law.
Burgess — Political science and Comparative constitutional Law.
C. Malcom Platt : State. Soverenity. Government, dans Political science quaterly. Juin 1895.
Bluntschli — Théorie générale de l'Etat.
Van Holst — Verfassung und Democratie der Vereinigten Staaten van America.
Jellinek—Die Lehre van der Staaten Verbindungen. — Gezetz und verord-[nung.
Laband — Staatsrecht des deutschen Reichs.
Palma — Corso di Diritto costituzionale I.
Orlando — Principes de Droit public.
St-Girons — Droit constitutionnel.
Esmein — Eléments de Droit constitutionnel.
D'Eichthal — Souveraineté du peuple et gouvernement.
Combothecra dans la Revue du Droit public, t. 8, p. 241 ss.: La conception de la souveraineté.
Vicomte Combes de Lestrade : Droit politique contemporain.
Léon Duguit : L'Etat, le Droit objectif et la loi positive.

d'Austin, de Holland, de Sidgwick ; en *Amérique:* ceux de Crane et Mosès, de Pomeroy, de Burgess, de Malcom Platt ; en Allemagne : les noms de Bluntchli, de Van Holst, de Jellinek et de Laband ; en Italie : de *Palma, d'Orlando* ; en France : de St-Girons, d'Esmein, d'Eichthal, du Vicomte *Combes de Lestrade, Léon Duguit* ... etc.

144. Termes Souverain et souveraineté. Le mot *souverain* dérive d'un vieux mot latin du moyen âge, *superanus ;* il se prête facilement à des acceptions arbitraires, dit *Ahrens,* dans son Droit naturel (t. II § 110).

Bluntschli donne au mot souveraineté une origine Française et attribue à Bodin, dont il critique toutefois la définition, d'avoir, dès le XVIe siècle, fait de la notion de souveraineté la base, le centre du Droit public. L'on a nommé Bodin le père de la souveraineté.

Le mot souverain est souvent *employé comme adjectif* qualificatif : il s'applique alors aux décisions prises en dernier ressort, ainsi qu'aux autorités dont ces décisions émanent. Dire que l'Etat est souverain, c'est déclarer que ses décisions ne peuvent être réformées par un pouvoir supérieur. Le qualificatif s'emploie surtout pour caractériser les arrêts judiciaires et les cours qui les ont prononcés.

Le mot souverain s'emploie *substantivement* pour désigner, tantôt dans les monarchies, le roi, le chef du pouvoir exécutif, tantôt, dans les Etats quelconques, les dépositaires de la puissance suprême. Le roi Guillaume, avant la Loi Fondamentale, le Congrès national issu de notre Révolution, furent vraiment souverains. Mais il est plus difficile de reconnaître et de montrer le souverain dans les Etats constitutionnels, où la puissance publique est démembrée en pouvoirs divers, dont l'exercice est réparti entre différents organes.

Nous croyons qu'alors le terme souveraineté est susceptible de deux significations bien distinctes.

Dans un premier sens, le mot souveraineté serait synonyme

de *puissance publique*. Elle consisterait donc dans la puissance publique toute entière, prise dans sa totalité divisible ou dans l'ensemble des démembrements, pouvoirs et fonctions, qu'elle implique. Ce serait l'ensemble des droits et des pouvoirs de l'Etat.

Mais les divers pouvoirs ne sont pas tous du même degré. S'il est possible d'admettre que les pouvoirs dits *constitués* exercent par délégation une portion déterminée, une branche de la souveraineté et sont appelés à prendre des décisions qui méritent ainsi d'être qualifiées de souveraines (19) il est certain, d'autre part, que seul demeure *pouvoir suprême et général* le *pouvoir constituant*. Seul le pouvoir constituant ne relève que de lui-même ; il est la source dont émanent les autres ; il a *presque toujours* une compétence illimitée, du moins au point de vue du Droit positif. Eh bien, le mot souveraineté s'emploie souvent pour désigner dans l'Etat ce pouvoir suprême, le plus élevé, le pouvoir *constituant* par opposition aux pouvoirs constitués, qui n'en sont que des émanations (20).

(19) C'est abusivement que l'on emploie le terme souveraineté pour désigner les délégations aux divers pouvoirs, délégations inaliénables et incessibles en principe entre leurs mains (Art. 25 de la constitution).

(20) Cette distinction est aujourd'hui presqu'universellement reçue. Il y a cependant des doutes relatifs au pouvoir législatif, à raison de la compétence illimitée qu'on lui reconnaît *dans les bornes tracées* par le pouvoir constituant.

Les publicistes anglais et américains, Burgess notamment, considèrent comme synonymes les termes *souverain* et *pouvoir constituant*. Ils opposent Etat et gouvernement et emploient le mot gouvernement pour désigner l'ensemble des pouvoirs constitués (Burgess—Malcom Platt),ou comme le professeur Italien Palma, pour désigner l'ensemble des organes du pouvoir public, législation, Roi, Ministres, Parlement. En ce qui regarde ce dernier point, la terminologie nous paraît vicieuse. Le langage usuel nomme gouvernement le pouvoir exécutif,et le pouvoir exécutif n'est pas le souverain.Nous ne voyons pas la nécessité d'avoir un mot distinct pour désigner l'ensemble des pouvoirs constitués et opposer cet ensemble au pouvoir constituant, seul vraiment souverain.

145. Souveraineté ou Indépendance ?

Continuons à déblayer le terrain, en éliminant le mot et la notion de souveraineté du domaine des relations internationales. *En dépit de l'usage,* nous pensons, en effet, qu'il conviendrait de renoncer au terme souveraineté pour désigner l'indépendance réciproque des Etats dans les rapports internationaux et leur liberté propre d'organisation intérieure (zelf constitution). La notion de souveraineté implique une relation de supérieur à inférieur, de gouvernant à gouvernés. Cette relation n'existe pas d'Etat à Etat. L'idée et le terme d'indépendance suffisent. Dans un intérêt grave de précision et de clarté, ne vaudrait-il pas mieux réserver la notion et le mot de *souveraineté* au Droit public interne, à la vie intérieure des Etats ? — V. *Rousseau,* contrat social L. I. ch. VI. — *d'Eichtal* souveraineté du peuple et gouvernement, note page 6 — *de Vareilles Sommières.* Principes, page 285.

Souhaitons, du moins, que dans le domaine du Droit international, l'on ait toujours soin de ne pas employer seul le mot souveraineté, mais d'y joindre une qualification : Souveraineté externe — ou Souveraineté du Droit des gens.

146. Souveraineté et propriété.

Considérée, comme elle doit l'être au point de vue national, la souveraineté est une notion de Droit public, complètement étrangère au Droit privé, absolument distincte surtout de la notion de propriété. Le Moyen âge confondait les deux notions dans l'idée féodale de seigneurie, laquelle impliquait la propriété d'un territoire avec un ensemble de droits sur ses habitants, propriété et droits transmissibles par les modes de Droit privé, hérédité, vente, testament.... Aujourd'hui on ne conçoit certes pas un Etat, un peuple, sans territoire. Mais le souverain n'en est pas propriétaire. A peine peut-il posséder des portions du sol à titre de domaine propre. La souveraineté représente un en-

semble de pouvoirs exercés sur les gouvernés et cet ensemble de pouvoirs n'a aucun caractère réel,n'a rien qui ressemble à une domination personnelle sur des choses. V. *Palma.* Corso de Diritto Costituzionale, I. p. 137. —V. ci-dessus, page 142.

147. Souverainetés locales ? La qualification et la notion de souveraineté ne conviennent pas à toutes les autorités.Elles ne conviennent, pensons-nous, qu'aux autorités préposées à la direction des sociétés parfaites. Or, il n'y a que deux sociétés parfaites: la société politique (l'Etat *sensu lato*), et la société religieuse, l'Eglise. Souveraineté de l'Eglise, souveraineté de l'Etat : ce sont les seules que contienne et puisse contenir ce monde terrestre.

La souveraineté n'est donc pas donnée aux chefs des associations volontaires, aux pouvoirs directifs des sociétés imparfaites, aux autorités familiales ou domestiques, aux autorités *provinciales* ou *communales.* Les pouvoirs provinciaux et communaux ne méritent pas d'être qualifiées de souverains. Il leur manque pour cela :

1° *L'indépendance ;* elle est trop restreinte, si large que puisse être leur autonomie ;

2° *La force matérielle ;* dans nul pays les pouvoirs locaux ne disposent de moyens matériels suffisants pour se défendre seuls et pourvoir seuls à l'exécution et à la réalisation du Droit ;

3° *La liberté de s'organiser eux-mêmes.* Il n'y a pas de pouvoir constituant local. L'organisation des pouvoirs provinciaux et communaux relève de la constitution et des lois de l'Etat.

Evitons donc de qualifier de souveraines les administrations provinciales et locales, bien que notre Constitution permette et commande même de les considérer comme des pouvoirs, non pas comme des pouvoirs de l'Etat (pouvoir politique) mais des pouvoirs locaux *dans* l'Etat.

148. Etats composés. La notion de souveraineté a surtout soulevé des difficultés à propos des Etats composés. Les publicistes allemands, américains et suisses se sont beaucoup occupés de ce problème. La thèse qui paraît dominante refuse de conserver aux Etats membres d'une fédération unitaire l'attribut de souveraineté: le caractère illimité et indivisible de la souveraineté s'opposerait à ce que l'on puisse reconnaître d'autres souverainetés que celle du Pouvoir suprême fédéral. *Jellinek* et *Laband* continuent néanmoins de donner aux divers peuples, membres de l'Etat fédéral, le rang et le nom d'Etats, par la raison que d'après eux la souveraineté n'est pas de l'essence de l'Etat. Ce motif nous semble erronné; nous pensons avec ces publicistes que les Etats qui se réunissent en Fédération conservent en effet leur qualité d'Etats, car ils demeurent souverains, bien que *leur souveraineté* comme celle *des autorités fédérales* soit restreinte à certains égards. Il n'est pas de l'essence de la souveraineté d'être absolue, illimitée. La souveraineté ne nous paraît pas abolie dans les Etats qui se fédèrent, aussi longtemps qu'ils conservent notamment une constitution propre, le droit d'y apporter des changements et une certaine force publique à leur disposition.

149. Position du problème. Si des auteurs modernes, comme *Laband* et *Jellinek*, dominés par la préoccupation de conserver aux pays de l'empire Allemand le titre d'Etats, mis en question par les partisans de la souveraineté illimitée et indivisible, vont jusqu'à admettre des Etats non souverains, et à enseigner que la souveraineté n'est nullement un élément essentiel de l'Etat, il est d'autres écrivains, par exemple *Preuss*(21) en Allemagne, *Bliss* (22) aux Etats-Unis, qui n'hésitent pas

(21) H. Preuss. Gemeinde Staat, Reich als Gebietskörperschaften. Berlin 1889.

(22) Auteur d'un traité sur la Souveraineté, cité *Political science quaterly*, Juin 1895.

à sacrifier la notion même de souveraineté, à n'y voir qu'une source de confusion et d'erreurs et à prôner radicalement l'élimination de la science juridique tant du mot que de la chose. L'on pourrait, en effet, écrire un traité complet en se passant du terme. Mais à quoi bon appauvrir la terminologie scientifique, si du moins l'on parvient à s'entendre sur une définition précise du terme et de l'idée ?

Quant à nous, la souveraineté nous paraît être un élément essentiel de l'Etat. Pas d'Etat (sensu lato), sans un souverain; pas d'Etat (sensu stricto) sans cet attribut : la souveraineté. C'est en ceci que nous nous rallions à l'enseignement de Bodin et de la majorité des auteurs (23). La souveraineté est la marque distinctive de tout Etat. Mais, contrairement à l'opinion de beaucoup, nous ne qualifions la souveraineté ni d'absolue, ni d'illimitée, ni d'indivisible. Elle est parfaitement susceptible de restrictions : elle subsiste, encore qu'elle soit diminuée. Nous ne sommes donc nullement embarrassés de conserver aux membres de l'Empire allemand ou d'une Fédération similaire le nom d'Etats, qui seul leur convient, et auquel ils peuvent et doivent prétendre.

Si l'on suit, dans l'histoire des doctrines politiques, l'évolution de la notion de souveraineté, l'on se convaincra aisément que jusqu'à l'époque contemporaine, l'on s'est trop attaché à la question des formes ou des modes d'acquisition et qu'on a laissé à l'écart la question préalable fondamentale, radicalement distincte de la première, celle du contenu, de l'essence de la souveraineté. Bien que l'omnipotence de l'Etat ait été battue en brèche par les principes du christianisme, ce n'est pas à la définition de la souveraineté, à la détermination de son objet ou de sa compétence, que les penseurs, les juristes ont consacré leurs efforts. Toutes les théories anciennes ne voient dans l'étude de la souveraineté que le problème des formes de gou-

(23) V. Gareis. Algemeine Staatsrecht, Tubingen 1883.

vernement. Et pourtant la souveraineté en soi est immuable : elle est donc un élément essentiel, le même dans tous les Etats, comme la nature humaine est spécifiquement identique dans les individus de diverses races (*Orlando*, page 47).

En s'attachant à la question des formes, on est généralement arrivé à l'affirmation du principe de souveraineté nationale, impliquant comme corollaire la supériorité d'une forme sur toutes les autres, de la forme démocratique. De telle sorte, qu'en négligeant la recherche de l'essence de souveraineté,on est arrivé à identifier démocratie et souveraineté,et comme conséquence, à faire de la démocratie une chose aussi essentielle pour *l'Etat que la souveraineté même.*

Il faut, au contraire, distinguer soigneusement le problème de la recherche de l'essence de la souveraineté : *problème de philosophie juridique*, du problème relatif à la souveraineté dite nationale, problème de science politique, rentrant dans le problème général des formes de gouvernement. Il ne sera question ici que du premier problème ; c'est en parlant de la nationalité de l'Etat que nous traiterons du second.

Pourtant, l'on va voir, en étudiant l'évolution du concept de souveraineté, qu'il n'est pas possible de s'en rendre compte exactement,si l'on élimine toute question de forme. L'on sera forcé tout au moins de se préoccuper de la manière dont le concept a été envisagé, du caractère personnel, national ou politique,(23 bis) dont il paraît successivement avoir été doté.

150. Elimination de l'idéologie doctrinaire

Car nous laisserons de côté l'idéologie doctrinaire, pour laquelle la souveraineté cesse d'être un pouvoir moral de commander,impliquant intelligence et vouloir, et ne pouvant, dès lors,avoir pour titulaire qu'une ou des individualités personnelles. Il n'y a pas lieu de s'arrêter aux systèmes qui, dénaturant cette notion, attribuent la souveraineté à des abstractions, à la raison,à la justice, au Droit,pas plus qu'aux opinions des écrivains — plus littérateurs que

(23 bis) *Politique* signifie : de l'Etat, propriété ou attribut de l'Etat.

juristes — qui confondent souveraineté et influences, négligent de distinguer entre l'action non régularisée, variable et intermittente de celles-ci et le pouvoir stable, régulier et public qu'implique celle-là. Il en est parmi eux pour qui toute souveraineté se réduit à des forces impersonnelles, à des influences anonymes et mystérieuses, qui se trouvent dans la nation et qui sont maîtresses même du suffrage universel. Dans un livre assez récent (24), le Vicomte *Combes de Lestrade*, après avoir donné du souverain une notion sur laquelle nous reviendrons (25), refuse de voir toujours en lui la source des pouvoirs publics et en arrive à dire : « Le souverain, c'est la nation toute entière, comprenant « non pas seulement les citoyens actifs, mais les autres, *non* « *pas* seulement les hommes, mais aussi toutes les forces so- « ciales, non pas les forces matérielles mais *les idées abstrai-* « *tes* ... Le suffrage universel n'est pas souverain, il n'est « qu'un délégué du souverain Cette assertion peut paraître « exorbitante. A la réflexion, elle ressort évidente ... » Et après de longs et suggestifs développements, l'auteur conclut en refusant de reconnaître à la souveraineté un détenteur personnel, et en affirmant qu'elle « est le lot, non pas « certes d'une abstraction, mais de cette entité complète que « contribuent à former des facteurs impersonnels et des for- « ces soustraites aux volitions des hommes (la nation considérée comme un tout organique) ».

Évolution de la notion souveraineté.

151. Théories individualistes. L'on peut, croyons-nous, diviser en trois étapes, ou si l'on veut, ramener à trois systèmes (car les délimitations chronologiques font défaut), les diverses théories auxquelles le concept de souveraineté a donné lieu.

(24) Le Droit politique contemporain pages 211 à 241.

(25) Il le considère comme l'arbitre supérieur des conflits sociaux et politiques.

Le premier système se caractérise par l'attribution de la souveraineté à titre de droit personnel, soit à un ou à plusieurs, soit à tous les individus. Les théories appartenant à ce système sont essentiellement individualistes. En font partie, non seulement toutes les doctrines ignorant la notion de personnalité de l'Etat (sensu lato) ou de l'Etat (sensu stricto), les théories féodales faisant de la souveraineté un droit patrimonial, une chose de droit privé, mais aussi la théorie de J.-J. Rousseau, connue aujourd'hui sous les noms divers de théorie *révolutionnaire, jacobine* ou *radicale.*

Guizot, dans un texte que cite d'*Eichthal* (26) parle de l'ancienne croyance d'après laquelle la souveraineté appartiendrait *de droit*, tantôt à un citoyen, tantôt à plusieurs, tantôt à tous. Il fait allusion aux théories individualistes, aux doctrines rentrant dans le premier système.

Il n'est plus guère question aujourd'hui de l'attribution individuelle de la souveraineté à un monarque ou à une aristocratie. *C'est l'attribution de la souveraineté à l'universalité des individus*, qui est prônée à titre de dogme philosophique.

J. J. Rousseau est considéré, à juste titre, comme le représentant le plus notable de la doctrine de la *souveraineté* populaire ou *universelle.* Sa doctrine continue de dominer les esprits (27), mais débarrassée des éléments chimériques que Rousseau y avait joints : l'hypothèse de l'état de nature et la fiction du contrat social.

Elle n'apparaît toutefois que comme une pure affirmation, sans fondement solide, sans valeur pratique. Sans doute, il est exact qu'aucun citoyen, aucune famille, aucune classe ne peut revendiquer à titre de droit propre le gouvernement d'un peuple, et c'est la seule part de vérité que peut contenir la doctrine de la Souveraineté populaire ; elle n'a qu'une portée indirecte ou négative. *Mais en tant qu'elle accorde à*

(26) Souveraineté du peuple et gouvernement, page 4.
(27) En Amérique, V. *Pomeroy — Coley.* (cité par Malcom-Platt page 23).

tous les individus une égale fraction de souveraineté et fait de la loi l'expression de la volonté générale, de telle sorte que nul ne pourrait être tenu d'obéir aux lois qu'il n'aurait pas consenties, cette théorie tombe sous les objections les plus graves :

1° Elle est incompatible avec la notion de l'Etat (sensu lato). Cette notion implique dans tout Etat l'existence d'un élément gouvernant et d'un élément gouverné, du souverain d'une part, des sujets d'autre part (28): Si tout le monde est souverain, il n'y a plus de souverain; où il n'y a plus de sujets, l'Etat disparaît.

Dira-t-on que la majorité — agissant directement ou représentée par des députés — fait la loi et comme telle est souveraine, tous les individus, y compris les législateurs eux-mêmes, demeurant les sujets de la souveraineté ainsi exercée?

Mais ce n'est plus alors la souveraineté universelle, la souveraineté fractionnée entre tous ; ce sera tout au plus la souveraineté reconnue à la masse des hommes faits,ou plutôt à la majorité seulement de ceux-ci.

Car il serait puéril de soutenir que le peuple tout entier, que l'universalité des sujets, y compris les minorités gouvernées, les citoyens non actifs et les incapables, sont et demeurent souverains, parce qu'ils garderaient le droit permanent de désobéir aux lois et le droit de changer de gouvernement, c-à-d. le droit perpétuel et inaliénable de révolution.Soutenir cette thèse,ce serait soumettre les gouvernants aux gouvernés, le souverain aux sujets. Ce serait, comme dit Bluntschli, « renverser le corps de l'Etat, donner aux pieds la place de la « tête ». Ce serait anéantir l'Etat, abolir toute souveraineté, faire de la démocratie,selon la définition de de Maistre (28[bis]) « une association d'hommes sans souveraineté » (29).

(28) Palma, p. 146, d'Eichtal, p. 7 — Malcom Platt.

(28 bis) V. l'étude sur la souveraineté dans le volume de ses œuvres inédites. Passage cité par *d'Eichtal*, page 8.

(29) « La doctrine de la souveraineté du peuple est pleine de dangers,dit « le marquis de Vareilles Sommières Elle encourage, elle autorise les

2° La souveraineté universelle ou populaire est radicalement impraticable, absolument en désaccord avec les faits, irrémédiablement inadaptable aux réalités sociales.

Où donc a-t-on vu, où donc serait-il possible de voir en exercice la souveraineté directe de tous les individus formant un peuple? Rousseau lui même ne croit pas à cette possibilité, sauf peut-être dans de petites cités. La souveraineté du peuple, écrit d'Eichtal (p. 6), ne pourrait exister « dans le sens pro- « pre et absolu de ce mot, qu'avec l'unanimité toujours subsis- « tante et toujours constatée des citoyens, ce qui est impossi-

« émeutes, les révolutions : le peuple souverain n'a-t-il pas le droit de « changer, quand il lui plait, les commis, auxquels il est censé avoir « donné le mandat révocable d'administration des affaires ? Et comme « le peuple est un être mal déterminé, aux contours vagues et mobiles, comme « il est partout et nulle part, tout ambitieux, tout mécontent peut s'écrier: « Je suis le peuple », et à la tête d'une minorité turbulente. renverser le pou- « voir établi. La théorie de la souveraineté du peuple tend à ravir aux nations « la paix, la stabilité, l'ordre, par conséquent, le travail, le bonheur, tous les « bienfaits de la société civile. Il est peu d'erreurs plus funestes au repos « de l'humanité ». Principes fondamentaux de Droit, pages 331 ss.

Léon XIII dans l'Encyclique *Immortale Dei*, enseigne : « Quant à la sou- « veraineté ... que l'on dit résider de droit naturel dans le peuple, si elle « est éminemment propre à flatter et à enflammer une foule de passions, *elle « ne repose sur aucun fondement solide* et ne saurait avoir assez de force pour « garantir la sécurité publique et le maintien possible de l'ordre.

« En effet, sous l'empire de ces doctrines, les principes ont fléchi à ce point « que, pour beaucoup, c'est une loi imprescriptible, un droit politique, que de « pouvoir légitimement soulever des séditions. Car l'opinion prévaut que les « chefs du gouvernement ne sont plus que des délégués, chargés d'exécuter « la volonté du peuple : d'où cette conséquence nécessaire, que tout peut éga- « lement changer au gré du peuple, et qu'il y a toujours à craindre des trou- « bles ».

Bluntschli ajoute : « Prétendre que le peuple, distingué des gouver- « nants, ou même une masse populaire quelconque, ait le droit de remercier « arbitrairement le gouvernement et de briser la constitution, c'est soutenir « un principe absolument faux, inconciliable avec le Droit public démocrati- « que »... Il dit ailleurs: « L'attribution de la souveraineté à la somme des « individus réunis dans l'Etat est en contradiction absolue avec l'exis- « tence même de l'Etat, base de la communauté. Elle ne peut s'accorder avec « aucune institution, pas même avec la démocratie absolue, qu'elle prétend « fonder. Là aussi, c'est l'assemblée ordonnée de la nation, qui exerce la « puissance, et non la *foule atomisée*.

« sible moralement et matériellement. Une pareille unani-
« mité n'a jamais existé, et si elle a existé pendant un mo-
« ment fuyant (?), elle n'a pas subsisté.Pour s'assurer qu'elle
« subsiste, il faudrait d'ailleurs une sorte de vote perpétuel,
« qui n'est pas praticable. Il annulerait la vie nationale en
« voulant à tout instant en scruter les éléments. »

Aussi,n'est ce pas directement que la souveraineté de tous s'exerce ; elle ne peut,dit-on,fonctionner que par délégation ; le régime normal et naturel auquel les peuples ont droit, c'est la démocratie indirecte ou représentative, caractérisée par la remise du pouvoir aux mains de représentants élus par lui tous les quatre ou cinq ans.

Mais alors où est la souveraineté ?

Continuera-t-on donc à la reconnaître à tous, même aux non-électeurs, car l'électorat quoiqu'on fasse n'est jamais universel ?

L'attribuera-t-on aux électeurs seulement, aux seuls citoyens actifs, ou plutôt à la majorité d'entre eux ? Oui, sans doute.

Mais cette majorité d'électeurs ne représente elle-même qu'une minorité dans la masse totale de la population.

Et cette minorité, on la qualifierait de souveraine, parce que tous les quatre ans,elle est appelée à désigner les membres de la législature ? Ce choix périodique mérite-t-il le nom de souveraineté ? Celle-ci ne suppose-t-elle pas un pouvoir régulier, permanent, ne comportant aucune intermittence ?

Toujours est-il « qu'après l'élection et jusqu'à l'expiration
« de la Législature, dit le marquis de Vareilles Sommières
« (p. 317), les représentants commandent et le peuple obéit ;
« ils sont souverains et il est sujet. Être le souverain et élire
« le souverain même périodiquement, sont deux choses dif-
« férentes ».

Rousseau pourrait bien théoriquement avoir raison, lorsqu'il écrit : « A l'instant qu'un peuple se donne des représen-

« tants, il n'est plus libre, il n'est plus ; sitôt qu'ils sont élus, « il est esclave, il n'est rien (Contrat social, L III. ch.XV) ».

Dès lors le peuple perd la souveraineté, lorsqu'il la délègue à des députés.

Admettons, du moins, que l'électorat n'implique qu'une participation lointaine au fonctionnement de la puissance publique, à la conduite de l'Etat ; mais cette participation, bien qu'indirecte et intermittente, constitue un pouvoir si considérable, et un droit si régulièrement établi et garanti, qu'il convient vraiment de voir dans l'électorat un mode d'exercice médiat de la souveraineté, et dans le corps électoral l'un des organes incarnant d'une certaine manière le souverain.

Mais, que l'on ne se paie pas de mots. C'est bien moins aux électeurs, si nombreux soient-ils, et dont le rôle se réduit à un acte passager,à un choix à faire,qu'il peut être permis de reconnaître une part de souveraineté, qu'aux législateurs et aux gouvernants, qui en sont les organes directs, auxquels appartient d'une manière réelle et effective l'exercice du pouvoir, la mission de légiférer et d'imposer l'obéissance.

152. Attribution de la souveraineté à la communauté nationale organisée. Le *second système* se caractérise par l'attribution de la souveraineté à la nation elle-même, considérée comme un tout organisé, comme un ensemble de forces collectives, ou comme un corps moral, une personnalité juridique.

Dans l'antiquité déjà, prévalait l'idée que la souveraineté n'est pas l'attribut de la foule inorganique, mais appartient au peuple délibérant dans des assemblées régulières et représenté par des magistrats et fonctionnaires de tout ordre (Palma, I, p. 138).

Au fond, elle était le privilège d'une minorité monopolisant le titre de citoyens et formant une sorte d'organisme incarnant la puissance publique : car l'esclavage s'étendait à la plus grande partie de la population.

Au Moyen-âge, la nation est incarnée dans certaines collectivités : les Etats, les ordres. Il n'y a que des fractions privilégiées du peuple qui paraissent souveraines, et leur rôle se réduit à une participation fort restreinte au pouvoir sauf en certains pays, tels que l'Angleterre et le Pays de Liége.

Plus tard, la nation est individualisée, incorporée, et c'est comme individualité juridique qu'elle est proclamée souveraine. On trouvera des linéaments de cette doctrine dans Rousseau. La souveraineté devient alors l'âme de la nation personnifiée: elle serait pour elle ce que la raison et la liberté sont pour l'individu.

Cette opinion a rallié beaucoup d'esprits. L'un de nos prédécesseurs à la chaire de Droit public, M. G. Macors, défendait cette théorie. Elle fait l'objet d'un discours rectoral, prononcé jadis par M. Callier à l'Université de Gand. Elle est séduisante, à raison des développements faciles et intéressants auxquels elle se prête, et de la force de résistance qu'elle présente vis-à-vis, tant du principe de souveraineté populaire, jugé périlleux, que de la théorie doctrinaire, dépouillant la souveraineté de tout caractère personnel. Nous la répudions néanmoins. Elle se heurte, en effet, à des objections,qu'il ne paraît pas possible d'écarter.

1° Et tout d'abord, la personnalité juridique, nous le verrons bientôt, n'est qu'un mot qu'une simple formule qu'une métaphore. Il ne faut pas abuser des fictions juridiques: il convient de n'y recourir qu'en cas de nécessité. Qu'est-il donc besoin d'individualiser la nation, d'en faire un corps, une personne ? Si la fiction (?) offre de l'utilité,lorsqu'il s'agit de l'Etat (pouvoir), elle n'a pas de raison d'être pour l'Etat (sensu lato), c'est-à-dire pour la nation tout entière. Nous pensons, avec M. de Laveleye (30), que « les métaphores de cette espèce sont périlleuses, séduisent et trompent. La société n'implique qu'un ensemble de rapports entre les in-

(.) Le gouvernement dans la Démocratie, I, page 26.

dividus qui la constituent. Des rapports ne sont pas une personne. Ces analogies sont nécessairement fausses et elles portent à sacrifier les individus à ce que l'on croit être le bien du corps social ».

2° Cette théorie, comme la première, heurte les faits, est inadaptable aux réalités, ne constitue qu'une pure formule insuffisante pour satisfaire des esprits sérieux, préoccupés de voir les choses d'une manière objective et de ne pas se contenter de mots vides de sens.

Et d'abord, les partisans de l'attribution de la souveraineté à la nation individualisée, n'arrivent pas à s'entendre sur la notion même de souveraineté. Beaucoup l'identifient avec le droit de révolution, lequel en est précisément la négation.

D'autres la confondent avec le droit d'élire ou de ne pas réélire les dépositaires du pouvoir, droit dans lequel l'on ne peut voir tout au plus qu'une participation intermittente et indirecte à l'exercice de la souveraineté.

Le Vicomte Combes de Lestrade (p. 224) ne fait intervenir la nation souveraine qu'une fois par siècle pour établir ou modifier les règles de sa vie collective.

Saint Girons n'admet pas que la souveraineté soit le droit de commander; déléguable aux pouvoirs publics. Il n'est pas exact que ceux-ci exercent une autorité qui appartient à la nation ou qui vient d'elle... « *La souveraineté n'est pas la* « *source du pouvoir; elle est plutôt le droit de n'être com-* « *mandé que suivant la justice et l'intérêt national... ;* c'est « le droit imprescriptible d'être bien gouverné. » Ajoutons : c'est le droit d'exiger des garanties de bon gouvernement. Cette formule, selon nous, ne définit pas la souveraineté; mais elle donne l'explication du caractère national qu'elle doit avoir.

Au même ordre d'idées appartient la formule des auteurs qui voient dans la souveraineté le droit suprême de la nation de surveiller le pouvoir et de peser sur lui par l'exercice des droits politiques et par l'usage des libertés publiques.

Tel est bien l'avis d'*Esmein*, qui la réduit « à la nécessité

« de donner pour base aux gouvernements l'adhésion de « l'opinion publique. Celle-ci doit être pourvue de moyens « et d'organes par lesquels elle s'exprime.... Reconnaître, « organiser et respecter la souveraineté nationale, c'est don- « ner à l'opinion publique, force supérieure, une expression « précise, une valeur juridique, une autorité légale. »

D'autre part, l'inadaptation de la théorie aux faits, les difficultés d'application sont encore plus saillantes, quand les partisans de l'attribution de la souveraineté à la nation personnifiée, s'ingénient pratiquement à en régler l'exercice. Ils ne peuvent échapper au problème, et leurs solutions mettent en vive lumière le désaccord entre leurs formules et les réalités.

A peu près tous sont hostiles à l'extension de l'électorat, au développement des droits politiques. Les régimes électoraux, suivant eux, — et ils ont raison, — dépendent du degré de civilisation et de l'évolution de l'esprit public. « Les sociétés, « disait M. Macors, se dirigent à cet égard par la conscience « qu'elles ont de leur développement intellectuel ». On retombe ainsi quelque peu dans l'idéologie doctrinaire: la souveraineté nationale c'est la conscience publique, c'est l'âme nationale. Mais quand il s'agit d'incarner cette conscience, de donner un corps à cette âme, on l'incarne dans une minorité politique privilégiée, on l'incorpore dans un corps électoral plus ou moins restreint. Aussi bien, dans les démocraties les plus larges, la puissance suprême ne peut jamais pratiquement appartenir qu'à un nombre plus ou moins grand de citoyens (électeurs — élus — chef de l'Etat — fonctionnaires et magistrats), dont la masse, si considérable soit-elle, ne représente jamais la majorité de la population. Comment dès lors parler d'attribution de la souveraineté à l'ensemble du peuple, organisé et individualisé ?

---

153. Attribution de la souveraineté à l'Etat (sensu stricto) incarné dans les possesseurs du pouvoir. *C'est à la définition de l'Etat (sensu lato) qu'il faut se tenir.* Celui-ci se caractérise essentiellement par la répartition de tous ses membres en deux classes : les gouvernants et les gouvernés, l'Etat-possesseurs du pouvoir souverain, et les sujets tenus à l'obéissance. La souveraineté c'est le lot du pouvoir, et non le lot des subordonnés du pouvoir. Mais, par suite du caractère national, qu'elle a pris en raison des faits et des principes, elle s'incarne aujourd'hui dans un personnel nombreux et variable : les électeurs et les gouvernants ; elle est représentée par une classe de citoyens, qu'on peut à certains égards qualifier d'élite, et qui comprend parfois la majorité des hommes faits. C'est à eux qu'est confié le pouvoir, et c'est au pouvoir qu'ils exercent qu'appartient l'attribut de souveraineté.

Rechercher où réside la souveraineté, c'est rechercher où réside le pouvoir, c'est déterminer les titulaires qui l'exercent, quels en sont les possesseurs.

C'est toujours une question de fait. En définitive « en fait de souveraineté, possession vaut titre ». Le pouvoir établi c'est le pouvoir souverain, et ceux qui l'incarnent en sont les titulaires.

Mais il a paru utile de les considérer en masse comme un organisme un et indivisible, se succédant à lui même, perpétuel et continu : cet ordre d'idées a donné naissance à la notion de la personnalité de l'Etat-pouvoir, lequel serait alors titulaire du droit de souveraineté appartenant au fond à la masse gouvernante. Que faut-il penser de cette fiction ? *Nous en traiterons ci-après*, quand nous nous serons fait une idée plus nette de la notion même de la souveraineté.

154. Objections. Avant d'aborder ce sujet, écartons quelques objections. Nous rencontrons d'abord une critique de Palma (I.p. 149). Après avoir adhéré au fond à la thèse que la souveraineté est un attribut de

l'Etat, il exprime la crainte que la notion d'Etat soit mal comprise, et qu'en certain cas la scuveraineté ne puisse être reconnue de droit à des gouvernements despotiques.

Il n'y a là, croyons-nous, qu'un simple scrupule sans valeur scientifique. Nul gouvernement n'a le droit d'être despotique, et ce n'est pas l'attribution à un gouvernement quelconque de la qualification de souverain, qui pourrait l'autoriser à outrer ses pouvoirs et l'investir de droits nouveaux.

Orlando voit, dans l'affirmation de la souveraineté de l'Etat une pure *tautologie*, une formule inutile. Il se trompe. C'est une tâche digne de la science du Droit public de mettre en relief les attributs essentiels de l'Etat-pouvoir, de caractériser ce genre d'autorité sociale. La souveraineté apparaît bien comme l'une de ces notions qu'il importe de préciser, pour se faire une idée de ce qu'est le pouvoir dirigeant et gouvernant dans les sociétés parfaites, et spécialement dans la société politique.

L'opinion qui fait de la souveraineté un attribut des possesseurs du pouvoir juridiquement considérés comme formant une individualité unique peut invoquer en sa faveur :

1° l'impossibilité de justifier et de défendre les deux autres opinions proposées ;

2° l'enseignement conforme de la plupart des écrivains de tous les temps et de tous les pays. Mais cet enseignement est rarement précis et explicite ; les opinions sont inexactement exprimées; le scrupule de *Palma* est partagé ; et surtout, l'on ne distingue pas suffisamment l'Etat nation *(sensu lato)* et l'Etat-pouvoir *(sensu stricto)*. Tel est le cas pour la plupart des écrivains allemands : Bluntschli, par exemple, attribue la souveraineté à l'Etat, mais l'Etat paraît être pour lui la nation incarnée.

De Laveleye rejette la théorie de l'individualisation de la nation ; d'autre part, dans aucun des chapitres de son beau livre, il ne fait allusion à la fiction juridique de la personna-

lité de l'Etat-pouvoir. Pourtant, quand on va au fond des choses pour se rendre compte attentivement de sa doctrine, on peut voir qu'il repousse la souveraineté nationale (I. p. 15), qu'il critique énergiquement l'idée d'ériger la société en organisme personnel, et qu'il répudie cette grave erreur de considérer la loi comme l'expression de la volonté générale. Son opinion est donc la nôtre quant aux deux premières manières d'entendre la souveraineté. Puis, dans un passage caractéristique (I, p. 9) il distingue le souverain de fait et le souverain de droit : n'est-ce pas reconnaître la souveraineté aux possesseurs du pouvoir, en faire un attribut de l'Etat *(sensu stricto)* ?

Définition de la Souveraineté.

155. Réunion de la force et de l'autorité.

La souveraineté est de la nature de tous les Etats. Elle a, dans tous, des traits communs, qu'il faut mettre en relief.

Essayons de découvrir ces traits, d'analyser cette notion, de préciser les idées fondamentales que le concept de souverainté renferme.

Il y a une première idée que tout le monde s'accordera à y trouver : c'est celle de *force*, de puissance ou de *pouvoir matériel* (31).

Le droit de coercition ou de contrainte, le *jus gladii* comme on disait au moyen âge, en d'autres termes la possibilité de faire exécuter ses commandements, au besoin, *manu militari* (32), l'*irrésistibilité* disent certains modernes, tel est le premier élément caractéristique de la souveraineté. L'Etat désarmé, sans force, ne serait plus souverain, ne serait plus l'Etat.

(31) Cet élément commande de considérer la souveraineté comme essentiellement active, comme inséparable de son exercice. *Combothecra* dans la Revue de Droit public, 1897, tome 8, p. 260.

(32) Il ne s'ensuit pas que l'élément militaire et l'élément civil doivent être confondus, mais le premier doit être subordonné au second.

« L'attribut distinctif de l'Etat, dit Korkounov, c'est que « seul il réalise d'une façon indépendante le pouvoir coer- « citif (33).Toutes les autres sociétés, quelque indépendantes « qu'elles soient sous certains rapports, n'usent de moyens « coercitifs que par autorisation et sous le contrôle de l'Etat.» Il faut dès lors refuser la qualification de souverain aux pouvoir provinciaux et communaux : ce premier élément leur fait défaut. (v. ci-dessus n° 147).

Outre cet élément de fait, la souveraineté est constituée par un élément moral ou juridique : *l'autorité, le droit ou mieux un ensemble de droits.* L'on distingue parfois le souverain de fait, du souverain de Droit : cela veut dire qu'en certains cas et à certains moments, le pouvoir peut-être usurpé, détenu illégitimement. Mais le pouvoir bien établi incarne l'autorité et requiert l'obéissance, comporte des droits de commandement, dont l'ensemble compose la souveraineté. De là, la *dignité* et la *majesté* dont l'Etat est revêtu (34), *l'inviolabilité* attribuée au pouvoir, défendant à quiconque n'est pas souverain de toucher à la souveraineté, et ne permettant d'admettre ni le droit individuel de résistance (35), ni le droit collectif d'insurrection ou de révolte (36). C'est donc dans la réunion effective de la

(33) *Théorie générale du Droit,* page 370. — Mais nous savons que l'idéal est, pour le souverain, de s'appuyer moins sur la contrainte et la menace, que sur la libre collaboration des citoyens.

(34) Palma I, p. 160. Bluntschli I, p. 436.

(35) Le devoir individuel d'obéissance au *souverain* est conciliable avec le droit qu'a tout citoyen de résister aux actes illégaux des *fonctionnaires ;* Il peut se heurter, en certains cas, au devoir de conscience qui prescrit à tous d'obéir à Dieu plutôt qu'aux hommes et permet à chacun de refuser obéissance aux lois injustes et immorales. Mais, en principe, respect est dû au souverain, obéissance est due à la loi. Cette règle est la base de tout ordre politique, quelqu'il soit.

(36) La révolution ne devient un droit que très exceptionnellement,en cas de tyrannie intolérable et irrémédiable : c'est le droit de légitime défense nationale. Dans les circonstances graves où ce droit est admissible, on peut dire avec le marquis de Vareilles Sommierès, que le souverain cesse de l'être par ses abus de pouvoir, que la souveraineté devenue vacante passe légitimement aux instaurateurs du nouvel ordre politique. Au surplus, la plupart des

force publique et du droit social de commander, que nous faisons consister tout d'abord la souveraineté, c'est-à-dire la puissance même de l'Etat.

156. Généralité et universalité du concept. Le concept de souveraineté est comparable à celui de propriété (Bluntschli), et à celui de capacité juridique (Orlando). L'on n'y peut reconnaître une idée simple, élémentaire, il faut y voir une *notion complexe et générale*, concentrée, dit Bluntschli, un concept à compréhension large. De même que l'idée de propriété embrasse tous les pouvoirs d'user, de jouir et de disposer des choses, de même que l'idée de capacité embrasse tous les droits individuels, l'idée de souveraineté ne fait pas allusion à un droit spécial, à une prérogative particulière, à une fonction déterminée de l'Etat : le terme souveraineté est un mot unique, qui résume, comme l'idée qu'il représente, toutes les attributions et fonctions, tous les droits et pouvoirs de la puissance publique. Nous ne disons pas que la souveraineté implique un pouvoir absolu, illimité, l'omnipotence juridique ; mais seulement qu'elle ne s'identifie pas avec le pouvoir législatif ou telles autres fonctions du pouvoir politique.

La souveraineté, c'est l'autorité de l'Etat considérée d'une manière générale dans l'ensemble et la totalité de ses droits et de ses fonctions, dans la multiplicité et la diversité des actes qui en émanent : *c'est la plénitude de la puissance publique.*

Elle s'étend à tout l'Etat (sensu lato), à tout les éléments dont se trouve formée la société politique, à tout le territoire (37), à tous les individus, à tous les groupements composant la nation, au pouvoir aussi, car l'Etat (sensu

constitutions impliquent un pacte conclu entre le chef de l'Etat et ses sujets, et juré par lui : en cas de parjure, le refus d'obéissance et même la révolte avec ses conséquences peuvent devenir légitimes.

(37) On remarquera que ce caractère d'universalité fait encore défaut aux pouvoirs provinciaux et communaux.

stricto) exerce la souveraineté sur lui-même (il prend alors le nom de pouvoir constituant) ; il édicte des règles relatives à sa propre organisation et à son propre fonctionnement. Ici encore il ne s'agit ni de pouvoir absolu ou arbitraire, ni de puissance illimitée. La généralité et l'universalité de l'autorité souveraine de l'Etat ne le dégagent pas des barrières où le borne sa mission et ne l'émancipent nullement de l'obligation de respecter, et de faire respecter les droits se dressant en face des siens, les droits individuels ou collectifs.

157. Suprema potestas (38)

La souveraineté c'est aussi la *puissance suprême (suprema potestas)* ; pour beaucoup d'auteurs, pour *Laband* et de nombreux publicistes d'outre Rhin, c'est là ce qui la distingue essentiellement : le souverain ne reconnaît aucun pouvoir au dessus du sien ; il n'a d'ordre à recevoir de personne ; nul recours à plus haut que lui ; il lui incombe de dire le dernier mot, de décider en dernier ressort, sans appel.

Nous voulons bien admettre, qu'en effet, dans l'Etat, le souverain soit le pouvoir civil ou politique suprême, mais n'excluant nullement les souverainetés *d'un autre ordre*, qui peuvent aussi commander aux peuples.

La souveraineté de l'Etat est parfaitement conciliable avec le règne de la Divinité, dictant aux hommes ses prescriptions par les lumières de la loi morale et de la religion naturelle ; elle est conciliable avec la souveraineté de l'Eglise, s'appuyant sur des titres de Droit positif Divin, et revendiquant l'exercice, dans les Etats chrétiens, des droits qu'implique la mission dont son immortel Fondateur l'a investie.

La souveraineté des Etats coexistait jadis avec la juridiction internationale des papes, historiquement constituée par le Droit public du Moyen âge, comme elle demeure compatible aujourd'hui avec les traités et les concordats, avec les

(38) Ce caractère manque aussi aux pouvoirs provinciaux et communaux.

régimes fédératifs, avec la création d'organismes d'arbitrages entre les peuples.

Nous dirons bientôt, en effet, que la souveraineté n'est jamais absolue, n'est jamais sans restriction, et que les pouvoirs publics ont fréquemment à compter avec d'autres autorités, tantôt plus élevées (exemple : un pouvoir fédéral), tantôt apparemment moins hautes (l'autorité des pères de famille), mais dont les volontés n'en sont pas moins inviolables.

Cet élément de notre définition demeure en tout cas exact: l'idée de souveraineté comporte celle de *suprema potestas*. Et celle-ci implique à son tour diverses notions, qui en sont comme d'évidents et essentiels corollaires :

1° *La liberté externe, l'indépendance.* Nous ne reviendrons point sur ce que nous avons dit à ce sujet (v. n° 145), sinon pour remarquer que nous donnons ici au terme souveraineté cette portée négative: ne relever d'aucun pouvoir étranger(39), d'aucun pouvoir supérieur du même ordre ;

2° *La liberté interne*, l'autonomie, la *zelf-constitution*, le droit pour chaque Etat de se régir lui-même, de se déterminer lui même, de régler lui-même l'étendue, les conditions, et les modes d'exercice de ses attributions. La souveraineté est pour l'Etat ce que la liberté est pour l'individu, dit St-Girons (page 9). Les auteurs allemands insistent sur cette notion *Jellineck* écrit: « L'Etat qui possède la capacité exclu-« sive de l'auto-détermination, a également la capacité exclu-« sive de déterminer les limites de son activité (40) ».

C'est dit un autre auteur, Haenel (41), « dans la puissance « juridique de l'Etat,relativement à sa compétence, que gît la « condition suprême de l'*autarchie*, l'essence de la souve-« raineté ».

(39) En principe, car des restrictions sont toujours possibles.

(40) Gesetz und verordnung p. 197.

(41) Die Vestragsmässigen Elemente den deutschen Reichverfassung, p. 61 p. 198 s.

Borel (42) est du même avis : « La souveraineté est le « pouvoir *légal* de l'Etat de déterminer lui même sa compé- « tence. »

Zorn, Rosin, Liebe, Leydel ne pensent pas autrement(43). La souveraineté se résume pour eux dans « la compétence de la compétence ». Pour être singulière, cette formule n'en est pas moins expressive.

3° *L'irresponsabilité.* Le souverain certes n'est pas infaillible ; ses agents ne sont pas irresponsables ; ses actes peuvent même relever en certains cas d'institutions arbitrales créées avec son concours. Mais, en principe, les décisions de l'Etat souverain sont juridiquement irréformables par voie de recours à une autorité plus haute, puisqu'il est la *suprema potestas ;* dans l'ordre où il se meut, il ne relève de personne, il a pouvoir, et, cela va sans dire, compétence exclusive pour dire le dernier mot, statuer en dernier ressort. Lui seul aurait donc compétence pour reconnaître sa propre responsabilité ; et c'est de ses décisions souveraines que relèveraient en définitive les cas de responsabilité civile, pénale ou disciplinaire, à charge de ses agents.

158. Permanence de la souveraineté.

Les Etats naissent et meurent comme les individus ; il en est de même des gouvernements, et il y a parfois des moments de crise politique, où la souveraineté se trouve vacante, des périodes transitoires « d'anarchie ». Mais, nous l'avons vu (n° 125), la société politique ne peut se passer d'un pouvoir dirigeant, d'un élément gouvernant et souverain. Bluntschli nomme la souveraineté un droit continu : ce ne peut donc être jamais un pouvoir intermittent, temporaire ou révocable qui ne saurrait être qu'emprunté ou délégué, émané du véritable souverain. La souveraineté ne peut disparaître qu'avec l'Etat;

(42) La Souveraineté et l'Etat fédératif. p. 32 ss.
(43) V. Revue de Droit public, tome 8, p. 268 ss.

elle en est l'attribut inséparable ; elle subsiste comme lui, à tout instant, peut-on dire, malgré les vacatures qui peuvent se produire, *même périodiquement,* dans les rangs du personnel des citoyens, en qui elle s'incarne.

Aussi, contrairement à ceux qui ne font apparaître la souveraineté que pour nommer ou renverser le souverain, pensons-nous que c'est précisément dans ces moments de transition qu'elle existe et s'exerce le moins.

Nous avons même hésité à faire du corps électoral un participant de la souveraineté, puisqu'il n'y intervient que d'une manière indirecte et nécessairement intermittente. (v. le n° 151).

159. La souveraineté implique un pouvoir officiel et régulier. Mais il y intervient du moins d'une manière régulière officielle, juridiquement organisée. Et c'est là au témoignage de *Malcom Platt* (44) un dernier caractère essentiel de la souveraineté. Elle implique nécessairement et en tous cas un pouvoir reconnu, officiel et public, exercé par un individu, ou attribué à des citoyens nettement déterminés. Elle n'a rien de commun avec l'autorité de fait, ni avec l'influence même dominatrice, qu'à certaines époques, peuvent avoir exercée tels ou tels personnages, en dehors de toute fonction officielle ou dans l'accomplissement de fonctions subordonnées au pouvoir souverain, si hautes qu'elles aient pu être. Ni Richelieu ni Bismarck ne furent jamais dépositaires de la souveraineté...; moins encore, (cette remarque piquante est de Malcom Platt), Aspasie, la maîtresse de Périclès, ou la marquise de Pompadour, la favorite de Louis XV.

Il y a donc lieu de ne pas confondre avec la souveraineté les formes multiples d'influences — si considérables soient-elles — qui peuvent s'exercer sur la composition du pouvoir et sur la conduite des affaires publiques. Elle ne peut jamais

(44) Political science quaterly, Juin 1895.

consister dans l'action privée, secrète parfois, irrégulière, intermittente, subie par les gouvernements du chef de personnes ou de groupes de personnes, dont le rôle n'a rien d'officiel ni de juridique. — L'influence — dans tel ou tel pays — du clergé, de l'armée, de la juiverie, de la haute finance ... ne peut jamais être qualifiée de souveraine, au sens scientifique de ce mot.

On a beau traiter la presse de quatrième pouvoir et s'incliner devant sa souveraineté, ce n'est qu'une influence, une force sociale ; et il en est de même de tous les modes de manifestation de l'opinion pubique.

La participation effective aux meetings, aux associations, aux publications,aux pétitions, aux procédés, par lesquels se déploie cette force invincible, ne suffit pas pour que l'on puisse se dire souverain. Il n'y a là que des modes de propagande, des procédés d'influence, considérables sans doute dans leurs effets, mais indéterminés, échappant à toute régularisation juridique, et impliquant d'ailleurs le concours d'individus de toutes catégories, étrangers, femmes et incapables compris. — Nous ne pouvions donc admettre le corps électoral au rang d'organe indirect de la souveraineté, qu'à la condition de lui reconnaitre un rôle précis, officiel, juridiquement déterminé.

160. Définition de la souveraineté. La souveraineté, c'est pour nous l'attribut propre de l'Etat-pouvoir ; elle n'est pas, dit Bluntschli (45), antérieure à l'Etat, ni en dehors, ni au dessus de lui. *C'est la plénitude de la puissance publique. C'est l'Etat lui-même considéré dans sa majesté et dans sa force suprême. C'est la puissance de l'Etat envisagée à son degré le plus élevé, dans sa complète liberté externe et interne, dans sa permanence, dans son universalité et dans sa généralité, nous voulons dire dans son extension à tout ce*

(45) Théorie général de l'Etat, page 441.

que comprend la société politique et dans l'ensemble ou la totalité des droits et des pouvoirs ou fonctions qu'elle comporte.

Cette puissance réside et se trouve organisée dans les pouvoirs constitutionnels, mais elle surtout représentée par le plus élevé d'entre eux, le *pouvoir constituant.* Ce pouvoir répond seul adéquatement à l'idée, qui vient d'être exposée de la souveraineté. Le pouvoir législatit, si illimitée que soit sa compétence, n'est pas l'égal du pouvoir constituant : il n'est pas totalement souverain. L'on sait qu'en Belgique, il s'identifie presque avec le pouvoir constituant, et dès lors la question offre pratiquement assez peu d'intérêt. Reconnaissons pourtant — afin d'être scientifiquement exact — que le pouvoir législatif ne mérite complètement la qualification de souverain, que lorsqn'il fonctionne conformément à l'art. 131 de la Constitution, c'est-à-dire lorsqu il joue le rôle extraordinaire de pouvoir constituant.

Caractères de la Souveraineté.

161. Unité et indivisibilité. J. J. Rousseau consacre divers chapitres de son Contrat social(Livre II),à définir certains caractères qu'il attribue à la SOUVERAINETÉ. La phraséologie creuse de J. J. Rousseau a passé dans le langage Révolutionnaire.

La souveraineté,dit la Constitution de 1791, est *une* et *indivisible,inaliénable* et *imprescriptible.* La même formule figure dans la Constitution de 1793.

Les théoriciens modernes n'ont pas renoncé encore à ces épithètes pompeuses et des auteurs graves, comme M. Giron, mettent tous leurs soins à les définir.

Examinons à notre tour le catalogue des attributs de la souveraineté. Efforçons-nous d'expliquer ceux qu'il convient de conserver, et d'élaguer ceux qu'un examen attentif nous fera exclure.

C'est l'**unité** qui réclame tout d'abord notre attention.

La notion même de souveraineté : *plénitude de la puissance publique suprême, universelle et générale*, conduit à affirmer d'elle sa nécessaire *Unité.* Il y aurait contradiction dans les termes à parler — à propos d'une seule et même nation — de dualité ou de pluralité de pouvoirs suprêmes et généraux. Il n'y a place dans une société politique que pour un seul Etat-pouvoir ; il n'y peut exister qu'une royauté, qu'une législature, qu'une justice et la souveraineté de cet Etat-pouvoir est dotée comme lui d'une incommunicable unité.

Mais entendons-nous bien ! L'existence dans la société politique d'un pouvoir suprême unique et souverain, n'empêche nullement la coexistence possible d'autres autorités non souveraines, cela va sans dire, mais même d'une autorité, *d'une autre espèce, d'un autre ordre, également souveraine dans sa sphère.*

Soutenir le contraire, serait affirmer le caractère absolu et illimité de la souveraineté de l'Etat-pouvoir et exagérer la puissance générale et universelle, que nous lui avons reconnue, sans doute, mais qu'il faut restreindre aux limites qui lui sont assignées par sa mission propre (v. n° 130).

L'on ajoute d'ordinaire à l'unité, l'**indivisibilité.** Nous trouvons inutile ou inexacte et partant dangereuse cette seconde qualification.

Inutile en effet, si on la confond avec l'unité. Il va sans dire, que la souveraineté de l'Etat ne peut être considérée comme double ou multiple (Combothecra, page 249), qu'elle ne peut se diviser en pouvoir égaux, également suprêmes, universels et généraux.

Inexacte et dangereuse, d'autre part, si on l'interprète dans le sens de la concentration indivisible de tous les pouvoirs et de toutes les fonctions de l'Etat dans les mêmes mains. Rien n'est plus faux.

Rien n'est plus divisible au contraire que l'exercice de la puissance publique et la science politique recommande même de répartir cet exercice en le démembrant en *pouvoirs dis-*

tincts, respectivement confiés à des organes différents, plus ou moins autonomes, citoyens ou collèges de citoyens. Nous savons qu'aujourd'hui le souverain apparaît comme un vaste organisme, à personnel nombreux et variable (page 233).

On peut dire que *le souverain moderne est* **composé :** aussi doit-il agir comme *personnalité unique*, grâce à l'organisation établie, aux liens d'interdépendance rattachant entre eux ses divers organes, faisant de l'ensemble un tout fonctionnel,un véritable organisme.Théoriquement du moins, les citoyens n'auront jamais à obéir à deux maîtres à la fois. La structure de l'Etat devra toujours être telle que tous les organes de la souveraineté soient coordonnés et subordonnés entre eux,de manière à sauvegarder l'unité de décision, l'unité de commandement. Dans un Etat comme les Etats-Unis, où l'on peut avoir à obéir à plus de cinq autorités ou gouvernements,dit Malcom Platt (46), les devoirs légaux du citoyen sont aussi précis que ceux d'un sujet du Tzar de Russie. Ce qui se passe ressemble à ce qui a lieu dans l'industrie. Une grande usine ne cesse pas d'être une par l'existence de plusieurs systèmes de machines, dont le jeu s'entremêle en vue d'un travail d'ensemble à accomplir (47).

(46) Pages 37 de l'article cité de la *Political science quaterly* — Nous suivons en tout ceci pas à pas le publiciste américain.

(47) Si nous n'admettons pas l'indivisibilité de la souveraineté, nous nous rallions au contraire au principe d'indivisibilité du territoire et de l'Etat (sensu lato). C'est au nom de ce principe, qu'eurent lieu aux Etats-Unis la *guerre de sécession* et en Suisse la *répression du Sonderbund* (V. Palma I, p. 154) Le droit de séparation, disons de *révolution* n'appartient à aucune partie de l'Etat. — La souveraineté a donc ici cette singulière portée d'être la négation du droit d'insurrection. *Palma* déclare qu'aucune partie de la nation n'a le droit de se séparer du corps national, dont la formation n'est pas l'œuvre des volontés humaines et dont la destruction n'en peut être le résultat. Chaque vélléité de séparation est un attentat à la personnalité collective de l'Etat. Cela est vrai en principe; mais la révolution pourrait devenir *exceptionnellement* un droit même pour une partie de pays irrémédiablement opprimée.

162. Inaliénabilité et imprescriptibilité. Les auteurs qui font de la souveraineté une prérogative de la nation, un attribut du peuple, la déclarent les uns inaliénable, les autres aliénable. Les premiers vont jusqu'à répudier avec J. J. Rousseau tout système représentatif et à proclamer la permanence du droit de révolution. Les seconds admettent qu'en se donnant un gouvernement et des députés, le peuple aliène sa liberté, en s'interdisant de la reprendre, sauf dans les cas extraordinaires où les abus du pouvoir légitimeraient une révolution (47 bis).

En ce chapitre nous entendons par *souveraineté* la *plénitude de la puissance publique, l'ensemble des pouvoirs de l'Etat pris dans leur totalité et leur universalité.* La souveraineté ainsi envisagée est-elle inaliénable ? Disons tout d'abord qu'elle nous parait *inséparable de l'Etat* ; l'Etat ne pourrait s'en dépouiller, abdiquer ses droits, aliéner tous ses pouvoirs, sans cesser d'exister. Mais ce qui peut être aliéné, vendu, donné, légué ou perdu, c'est l'Etat lui-même. La vente d'un Etat n'est pas chose rare même de nos jours. Le Congrès national n'eut-il pas pu voter la réunion à la France de la Belgique devenue indépendante ? Se rappelle-t-on la cession à l'Allemagne et aux Etats-Unis de certaines possessions Espagnoles ? L'Etat du Congo n'est-il pas légué à la Belgique, et la possibilité juridique de le vendre ne résulte-t-il pas d'un droit de préemption reconnu à la France ?

Les Etats et les souverainetés sont donc cessibles. Mais l'Etat souverain, pouvoir suprême, ayant en un certain sens (V. ci-après) capacité illimitée de se déterminer et de se régir, s'il dispose de lui-même, peut aussi se lier vis-à-vis de lui même, s'interdire spontanément certains actes, se constituer lui-même des barrières juridiquement infranchissables. Le Congrès national organisant le pouvoir constituant,

(47 bis) Renvoyons sur ce sujet au n° 137 et à l'ouvrage du *Marquis de Vareilles Sommières* sur les *Principes fondamentaux du Droit*.

lequel s'identifie désormais avec la Souveraineté, a pu lui défendre de disposer de l'Etat, et il l'a fait. L'inaliénabilité de la souveraineté pourrait résulter d'une clause constitutionnelle; elle résulte chez nous d'un *décret d'indépendance* voté antérieurement à la constitution et en dehors d'elle par le Congrès national et *déclaré par lui non révisable.*

Le pouvoir constituant ne saurait donc renoncer à l'indépendance et à la souveraineté de la Belgique. Il en serait autrement, si le susdit décret n'existait pas, et si du moins l'art. 131 de la constitution n'était pas rédigé de façon à ne permettre que les révisions limitées aux seuls articles de constitutions. Dans les Etats, où l'aliénation de la souveraineté ne serait interdite par aucun texte,il resterait toujours à déterminer quel sera ou quels seront les organes compétents pour consentir pareille aliénation : l'on constatera qu'à peu près partout aucune procédure juridique n'est ouverte, et que l'on ne pourrait aboutir en demeurant dans les voies légales.

Si la souveraineté est en principe aliénable, elle est aussi *prescriptible.* Il est impossible d'affirmer qu'elle ne puisse être perdue par dépossession, que l'usurpation du pouvoir suprême ne se consolide pas fréquemment et légitimement au profit de son possesseur. Il peut arriver, en effet, que le souverain légitime soit dépossédé ; qu'un souverain de fait prenne sa place. « Or, dit M. de Laveleye (t. I. p. 9), un « usurpateur peut devenir souverain *de droit,* s'il gouverne « bien et s'il devient plus avantageux de le conserver que de « le renverser ». C'est la prescription qui consolide le pouvoir entre ses mains.

Mais en fait,avec notre régime de souveraineté démembrée en pouvoirs distincts s'équilibrant et se contrôlant les uns les autres, avec un pouvoir constituant réparti entre la couronne, les deux chambres et le corps électoral, comment pourrait-on concevoir encore semblable usurpation ?

Le problème est donc purement théorique Il n'y a qu'une usurpation possible, l'usurpation individuelle du droit électoral ; et encore, elle est devenue bien difficile à commettre et fait l'objet d'une sévère répression.

163. Délégations de pouvoirs et contrats. Le démembrement et la répartition de l'exercice des droits de souveraineté en pouvoirs distincts et en fonctions variées, que la Constitution et les lois confient à une infinité d'organes soit individuels soit collectifs, a pour résultat de leur remettre à chacun une parcelle d'autorité, une portion de pouvoir (imperium), qui d'ordinaire demeure elle-même, abusivement peut-être, qualifiée de souveraineté.

Ces portions de souveraineté déléguées aux divers pouvoirs et aux citoyens ou collèges de citoyens qui en sont dépositaires sont *inaliénables* et *imprescriptibles* entre leurs mains. Cela équivaut à dire que les abdications, délégations, transmissions et usurpations d'autorité et d'attributions sont interdites, en principe du moins (48). Il est clair, en effet, que lorsque la Constitution ou la loi confient une part *d'imperium* à une autorité quelconque, elles le font pour des motifs particuliers tirés de la nature même de la fonction qu'il s'agit de remplir ou des garanties spéciales,offertes par l'autorité qui en est investie. Il va de soi que le but serait manqué, la fonction à exercer compromise, les garanties cherchées annulées, si cette autorité se déchargeait elle même de sa mission en la déléguant à autrui. Tel est le principe qui se dégage de l'article 25 de la Constitution,prescrivant que *tous les pouvoirs soient exercés de la manière établie par elle.* Il est donc exact d'admettre l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité de la souveraineté, si l'on entend par là la portion de pouvoir déléguée aux diverses autorités. Cassation, 6 Février 1891.

(48) L'on admet pourtant en Droit administratif la validité des délégations *spéciales* et *limitées*. —

Mais l'on se fonde parfois sur une fausse notion de l'inaliénabilité de la souveraineté pour en tirer d'étranges corollaires, pour permettre par exemple à l'Etat de renier ses engagements, de modifier ses contrats perpétuels ou plus longs que l'existence humaine (49), — ou pour affirmer avec *Palma* l'impossibilité et la caducité des *concordats*, des conventions avec des puissances étrangères (50). Ces corollaires sont inadmissibles. Est-ce que la liberté humaine est supprimée par les conventions qu'elle fait ?

Comment la liberté de l'Etat le serait-elle par des traités ou des concordats ? Les contrats ne sont-ils pas la manifestation, l'exercice même de la liberté ?

Aussi, lorsqu'il s'agit de dettes civiles le Droit moderne n'hésite-t-il pas à reconnaître à l'Etat pleine capacité de s'engager et d'être rendu responsable. Il arrive tous les jours que les Etats sont traités et condamnés comme de simples particuliers,non seulement devant leurs propres tribunaux, mais même devant les tribunaux étrangers, auprès desquels ils ont à comparaître sans pouvoir invoquer ni leur souveraineté ni une prétendue inaliénabilité de souveraineté, formant obstacle à ce qu'ils soient civilement débiteurs.

S'il s'agit d'engagements de nature politique, de traités conclus avec des souverainetés étrangères ou de *concordats* conclus avec la Souveraineté religieuse, peut-on soutenir que les Etats peuvent renier leur signature, reprendre arbitrairement la parole donnée, déchirer les pactes librement intervenus ? Non certes. Ils sont moralement et juridiquement tenus de remplir les obligations assumées.

Mais les sanctions peuvent manquer.

Pour les contrats civils, il y a les tribunaux. Il n'y a au contraire ni tribunaux nationaux ni justice internationale pour faire respecter les traités et les concordats conclus entre puissances souveraines et spécialement entre l'Eglise et

(49) *V. d'Eichthal.* Souveraineté du peuple, en note page 2.

(50) Corso di Diritto Costituzionale I. p. 160.

l'Etat. Il n'y a pas de souveraineté internationale pour en connaître, pour dire et faire triompher le Droit. Les contractants se trouvent absolument à cet égard dans la situation où se trouveraient deux hommes, seuls au monde, en dehors de toute organisation politique, dans l'Etat de nature, dit un auteur.

Mais la possibilité d'un refus déloyal d'exécution, d'une rupture déloyale d'un traité ou d'un concordat n'en amoindrit nullement la validité, la vigueur morale, la force juridique.

164. Du caractère absolu ou illimité du pouvoir souverain. La souveraineté est qualifiée par un grand nombre d'auteurs *d'absolue ou d'illimitée.* Quelques écrivains, *Laband*, *Preuss* soutiennent la qualification d'absolue, mais lui donnent un sens spécial. Pour Laband, la souveraineté existe ou n'existe pas ; elle n'est pas susceptible de plus ou de moins ; c'est l'absence d'un pouvoir supérieur, c'est donc un fait négatif, qui ne peut être qu'absolu. *Preuss* qualifie la souveraineté d'absolue à raison de son unité, parce qu'elle n'a à compter avec aucun autre pouvoir du même ordre. Mais la majorité des auteurs emploient l'expression souveraineté absolue dans le sens de Pouvoir omnipotent, de puissance illimitée.

On fait à *Bodin*, le père de la souveraineté, le reproche d'avoir prôné la souveraineté absolue. Pour Bodin, dit *Bluntschli*, « la souveraineté est la puissance absolue et per-« pétuelle d'une république ». Ce sens prévalut, ajoute-t-il. « Louis XIV et la Convention se regardèrent également com-« me omnipotents. Tous deux se trompaient. L'Etat repré-« sentatif moderne ne connaît point de puissance semblable; « et l'indépendance absolue n'est pas de ce monde. Cette sou-« veraineté illimitée, toujours condamnée par l'histoire, sup-« prime les droits des autres organes de l'Etat et tue toute « liberté politique. L'Etat lui-même dans son ensemble, « n'est pas tout puissant : les droits des autres Etats le

« restreignent à l'extérieur, ceux de ses membres et des in-« dividus à l'intérieur ».

On lit dans une déclaratìon Hanovrienne datant de 1814 (51) cette phrase :

« Les droits de souveraineté n'impliquent aucune idée de « despotisme. Le roi d'Angleterre est aussi bien souverain « qu'aucun autre prince, et les libertés de son peuple, loin « d'ébranler son trône, le fortifient ».

Il parait bien que, nonobstant peut-être certaines expressions malheureuses, *Bodin ne méritait* nullement le reproche que lui fait Bluntschli ; et que ses continuateurs, même *Locke*, *Bentham*, *Austin et ses disciples*, malgré la légende qui s'est créée autour de leurs noms, n'ont jamais non plus soutenu la thèse de l'Omnipotence de l'Etat. Ils admettent bien sans doute que le souverain n'est pas lié par les lois, soit constitutionelles, soit ordinaires, en ce sens qu'étant l'auteur de ces lois, il peut toujours les abroger et les modifier. Mais il y a loin de cette règle évidente à la théorie du despotisme, à l'affirmation que la souveraineté serait illimitée, omnipotente, absolue.

Pour se rendre exactement compte de la théorie d'*Austin* actuellement dominante en *Angleterre* et aux *Etats-Unis*(52) et si mal comprise, pensons-nous, sur le continent, il faut *distinguer soigneusement* entre les divers aspects du Problème. *Austin, Holland, Sidgwik Pollock, Malcom Platt* (dans la Political science quaterly), prennent comme point de départ une distinction fondamentale, connue mais négligée en Europe, la *distinction entre la morale* (*ou Droit naturel, la Politique et le Droit positif.*

Posé en *Droit naturel*, le problème trouve à l'instant sa solution. Dieu seul est absolu, nul pouvoir terrestre n'est

(51) V. Bluntschli, I, page 435.

(52) *V. Dicey* Introduction à l'étude du droit constitutionnel, p.37.
Burgess Political science and comparative constitutional law. Tome I.
H. Sidgwik. The elements of Politics.
W. Pollock. Introduction à la science politique.

omnipotent. L'Etat-souverain loin d'être absolu est au contraire borné par sa mission même, assujetti aux commandements de la raison et aux exigences de la justice, et n'a que des droits limités par ceux des individus, des autres Etats et des collectivités naturelles ou volontaires.

La science politique ne donne pas au problème une solution différente. Il est bien certain que nul Etat, nul gouvernement n'est omnipotent. Il a toujours à compter avec l'*opinion publique*, avec des résistances variées, avec les nécessités d'ordre international et avec le Droit international lui-même, avec les mœurs, les idées, le tempérament, les passions, les préjugés populaires et des situations historiques en fait indestructibles.

« Ce serait une erreur de supposer, écrit *Dicey* (53) que « le gouvernement le plus absolu, qui puisse exister, puisse « faire et changer les lois à sa guise... Nul des Césars n'aurait « pu à sa guise renverser les cultes ou les institutions fon- « damentales du monde Romain ...; le Sultan ne pourrait pas « abolir le Mahométanisme. Louis XIV à l'apogée de sa « puissance pouvait révoquer l'édit de Nantes, mais il lui « eût été impossible d'établir la suprématie du Protestan- « tisme, et ce pour les mêmes raisons qui eussent empêché « Jacques II d'établir la suprématie du catholicisme ».

Mais si laissant de côté l'aspect moral et politique du problème, l'on se place sur le terrain *du* **pur Droit positif,** la solution doit changer. L'on aperçoit aisément la réalité à ce point de vue seulement du *caractère absolu et illimité de la souveraineté.* Le *souverain véritable*, n'a-t-il pas un pouvoir indéfini ? Y a-t-il une loi *positive* quelconque qui borne sa compétence ? Certainement non. Il est maître de régler à sa guise tout ce qui concerne l'organisation des pouvoirs, le régime des droits et des libertés publiques. Nulle barrière, nulle entrave *de Droit positif.* Il en est ordinairement ainsi à l'issue d'une période révolutionnaire : elle

(53) Cité par Malcom Platt, page 40. — V. l'édition française de l'ouvrage de Dicey. — Introduction à l'étude du Droit Constitutionnel, page 73.

aboutit presque toujours à l'installation d'une Assemblée constituante, investie d'une autorité suprême et absolue, émancipée de toute entrave juridique, n'étant liée par aucun texte ni constitutionnel, ni légal (53 bis). *Ce pouvoir illimité appartint par exemple au Congrès national Belge en 1830.*

Mais la souveraineté *absolue, illimitée*, isssue d'une période Révolutionnaire, se manifeste d'emblée par des décisions relatives à son organisation et à son propre fonctionnement : elle prend la forme de pouvoir *constituant* et en accomplit la tâche. Elle se démembre, se munit *d'organes*, règle leurs pouvoirs, et en arrive même parfois à se poser à elle-même certaines limites, certaines barrières, qu'elle se condamne spontanément à respecter. Il va sans dire que des restrictions de forme et des restrictions de fond écrites dans la constitution viennent s'appliquer sans difficulté aux pouvoirs *constitués*, aux pouvoirs inférieurs ou secondaires qui n'existent que par la Constitution et qui n'exercent qu'une souveraineté *déléguée*. Mais il y a plus. Les Constitutions contiennent d'ordinaire une clause de révision : c'est-à-dire qu'elles règlent la manière dont la *Souveraineté* considérée au degré le plus élevé, le *pouvoir constituant*, sera désormais exercé. Le Pouvoir constituant se trace donc à lui-même des règles de forme et même de fond, telle : l'obligation de ne réviser qu'article par article.

Enfin, dans certains Etats, le pouvoir constituant va même jusqu'à s'imposer des limites spéciales, jusqu'à se créer à lui-même des restrictions de compétence. Le Pouvoir consti-

(53 bis) Sans doute, l'Etat-Souverain *même et surtout alors* est limité :

1° Par le Droit naturel, par la raison et la justice, par les lois internationales. Mais nul pouvoir politique suprême ne peut le contraindre à les respecter.

Il n'est limité dans son action que par lui même ; c'est, dit *Burgess*, une *zelf limitation*.

2° *Par le droit des individus et des collectivités sociales*, en présence desquels l'Etat se trouve, et qu'il doit reconnaître et respecter. Mais *l'Etat-Souverain* n'est que moralement lié à ce sujet par les décisions et *déclarations* qui n'émanent pas de lui. Il a toujours le pouvoir de ne pas s'y conformer, de ne pas s'y rallier. Il a donc de *fait* un *pouvoir* illimité.

tuant Américain s'est interdit de toucher au droit égal de tous les Etats d'être représentés au Sénat fédéral par le même nombre de membres. La France s'est interdit de toucher à la forme républicaine.

Le Congrès national a déclaré irréformables, inviolables, même pour le pouvoir constituant, le Décret d'indépendance et le Décret d'exclusion des Nassau. Ce sont là sans doute des *Zelf-limitations ou auto-limitations, des limitations spontanées :* elles n'en existent pas moins et n'ont rien de contraire à l'essence de la souveraineté.

Si donc juridiquement, au point de vue du Droit positif pur, dans certaines situations données et exceptionnelles, une assemblée publique, un organisme constituant peut apparaître comme dépositaire d'un pouvoir illimité, normalement, en temps ordinaire, la souveraineté, le pouvoir constituant lui-même apparaît au contraire comme réglé dans son fonctionnement par des dispositions de procédure, parfois même par des règles de fond et de compétence. L'on a beau dire que ces dispositions, ces règles ont été son œuvre et qu'il peut les abroger (54). *Cela n'est pas toujours vrai.* Si aux Etats-Unis, il est permis de soutenir que le pouvoir constituant pourrait réviser la clause qui lui interdit de toucher à l'égalité des Etats au point de vue du Sénat, si, en France, le pouvoir constituant peut aussi soumettre à abrogation l'interdiction votée en 1884 de modifier la forme de gouvernement, il est bien certain, d'autre part, qu'en Belgique, la procédure ordinaire de révision ne pourrait être appliquée au décret d'indépendance et au décret d'exclusion des *Nassau. La souveraineté ordinaire* c'est-à-dire le Pouvoir constituant régulier, de par le Droit positif, est donc limité par des dispositions de compétence et de procédure.

Mais il y a dans la vie des nations, des époques, où elles sont amenées à se précipiter en dehors des voies tracées par le Droit positif — pour prendre une voie nouvelle. La Sou-

(54) En abrogeant ou en révisant par exemple en Belgique l'art. 131 de la Constitution.

veraineté se déplace alors et l'on peut se trouver dans une période de crise ou de révolution, à un moment pareil à celui où le Congrès national prit en mains le pouvoir, pour l'exercer totalement, sans entraves, sans *limites positives*, puisqu'il appartenait à lui seul de les tracer pour l'avenir.

La souveraineté revêt ou plutôt doit revêtir un dernier caractère : le caractère national. Mais c'est en définitive à l'Etat lui-même que cet attribut appartient: la souveraineté ne l'obtient, peut-on dire, qu'indirectement par voie d'emprunt à l'Etat. L'étude de cet attribut doit précéder celle de l'individualité.

II. Le caractère national de l'Etat ou la souveraineté nationale (54bis).

166. Fruit de civilisation. Le deuxième attribut que nous assignons à l'Etat-pouvoir et souverain — c'est la *nationalité*. L'Etat est ou doit être national, et puisqu'il s'identifie avec le souverain, nous pouvons dire aussi : la *souveraineté est* ou doit être *nationale*. Nous allons expliquer pourquoi et en quel sens. Remarquons d'abord que le caractère national de l'Etat est un fruit de civilisation, un produit de l'évolution historique.

On est porté à y voir aujourd'hui un principe absolu, applicable à tous les temps et à tous les pays, une règle universelle et nécessaire se manifestant partout avec les mêmes conséquences, nécessitant partout des institutions invariablement populaires et démocratiques. Or, la démocratie ne consiste qu'en arrangements, en formes politiques, offrant des avantages comme des inconvénients, combinables avec des formes basées sur d'autres principes et réalisées suivant les époques et les pays par des institutions très diverses. La souveraineté nationale a les mêmes caractères de contingence et de relativité. Il importe donc de nous rendre compte de ce qu'elle signifie exactement, des éléments réels et positifs dont elle est l'expression juridique.

(54bis) Voir page 235.

167. Indépendance. Le caractère national de l'Etat ou de la souveraineté s'est, croyons-nous, graduellement manifesté par *trois catégories de faits*, qui ont apparu successivement avec plus ou moins d'intensité suivant les lieux et les temps.

Le *premier fait* consiste dans l'affirmation par l'Etat de sa liberté, de son indépendance intérieure vis à vis de l'étranger, dans la proclamation de son droit d'établir lui-même ses institutions fondamentales, de se donner lui-même une constitution. Ce n'est là qu'un corollaire de la souveraineté, mais il est essentiel : il justifie déjà la qualification de nationale accordée à la souveraineté. Or, ce point de vue n'a pas échappé au Congrès ; il résulte de l'interprétation à donner à l'article 25 de la Constitution.

« Tous les pouvoirs, porte ce texte, émanent de la nation; « ils s'exercent de la manière établie par la constitution ». De l'avis de tout le monde, cette disposition affirme la souveraineté nationale.

L'on remarquera que notre Constitution s'est bien gardée de reproduire *in terminis* les constitutions Françaises de 1791, de 1793, consacrant expressément le dogme de souveraineté populaire.

Les termes de l'art. 25 sont aussi modérés que possible. Nulle part l'on ne trouve dans les discussions du Congrès national une adhésion aux thèses du Contrat social.Le Congrès rejeta même un amendement de M. Seron *excluant le Roi du pouvoir législatif.* S'il y a eu adhésion à une théorie en cours, c'est plutôt à la doctrine de Benjamin Constant et cette doctrine se distingue par la répudiation des thèses de J. J. Rousseau et le caractère de simple garantie politique qu'elle donne au principe de souveraineté nationale. « L'axio« me de la souveraineté du peuple, dit Benjamin Constant, « est un principe de garantie. Il est destiné à empêcher un « individu de s'emparer de l'autorité qui n'appartient qu'à « l'association entière ».

Les commentateurs Belges de l'art. 25, *Bivort* (page 15) *Destriveaux* (page 29), *Giron* (page 29), et même *Thonissen* (nos 149 et 153) se bornent à reproduire les formules courantes. Thonissen place dans la nation le principe de la souveraineté ! Mais il n'admet pas que chaque individu soit appelé à en exercer directement une part. Ce serait rendre la vie sociale impossible ; il n'y aurait que des gouvernants et point de gouvernés. Il est indispensable que la nation reconnaisse à un ou plusieurs chefs le droit de commander au nom de tous. C'est principalement en ce sens que le législateur constituant a dit que tous les pouvoirs émanent de la nation (54ter).

(54ter) Il ne paraît pas possible d'accorder la moindre attention à l'interprétation vulgaire de l'art. 25, prétendant trouver dans cet article le principe du suffrage universel. Cette thèse a été maintes fois combattue dans nos Chambres, par M. Frère Orban notamment. Elle a été spécialement réfutée au Sénat (séance du 6 décembre 1899). Les constituants de 1830, disait à cette date, M. le Sénateur baron Descamps David, se sont bien gardés d'insérer dans notre pacte fondamental les déclarations équivoques de certaines constitutions françaises sur « la souveraineté du peuple, une, indivisible, inaliénable. » Ils ont simplement marqué, en termes précis, l'origine positive des pouvoirs en Belgique. La Constitution décrétée par le Congrès national (représentant tous les intérêts des provinces, constituées en Etat indépendant par décret du 4 octobre 1830 convoquant le Congrès) est la *source initiale et la règle suprême de tous les pouvoirs de l'Etat*. C'est ce qu exprime nettement l'article 25 : « Tous les pouvoirs, dit-il, émanent de la nation », et il ajoute immédiatement : « ils sont exercés de la manière établie par la Constitution ». Si notre collègue avait porté son attention sur certains événements de l'époque antérieure au régime actuel, s'il avait relu le Message de 1829, il eût, je pense, saisi le véritable caractère et la portée pratique de la règle constitutionnelle formulée par l'article 25.

Quant à la liberté politique, on sait que le Congrès l'a organisée d'une manière qui ne permet même pas de la concilier avec le principe de la souveraineté du nombre. « Tous les Belges sont égaux devant la loi », dit l'article 6 de la Constitution. Cela implique, dit notre collègue, l'égalité de tous devant le scrutin. Il a oublié totalement l'article 4, § 2, de la Constitution, qui est d'une clarté parfaite, et qui est seul ici ce que les jurisconsultes appellent « le siège de la matière ». Voici ce texte :

« La présente Constitution et les autres lois relatives aux droits politiques déterminent quelles sont, outre cette qualité (la qualité de Belge), les conditions nécessaires pour l'exercice de ces droits ».

Ainsi, tous les Belges, en leur seule qualité de Belges, sont égaux devant la loi ; mais cela n'implique aucunement le droit de faire la loi et de parti-

168. Art. 25 de la Constitution. Selon nous, l'art. 25 est avant tout une déclaration d'indépendance, une affirmation de la liberté du pays, une proclamation de la déchéance de tout pouvoir étranger en Belgique, l'affirmation par le Congrès de sa volonté de doter la nation d'institutions n'émanant que de lui-même. C'est un acte solennel de prise de possession de la souveraineté, avec l'affirmation du droit et de la volonté de l'exercer, de la démembrer, de l'organiser et d'en régler librement la transmission (55). C'est le *cogito ergo sum* du pouvoir constituant, en Belgique.

Sans doute l'art. 25 jaillit directement de la constitution de 1791, dit M. le sénateur Descamps, mais chez nous il n'a « la prétention d'être que « l'expression d'un fait politique pa- « tent de par la révolution Belge. — Thonissen (n° 151) donne à l'art. 25 la même interprétation, la même valeur historique « Quand l'assemblée constituante de 1830 reçut la « haute et dangereuse mission de fixer l'organisation politi-

ciper au gouvernement. Pour l'exercice des droits politiques, la qualité de Belge ne suffit pas ; il y a des conditions ultérieures nécessaires, lesquelles sont déterminées par la Constitution et par les autres lois relatives aux droits politiques.

Et quelles sont effectivement, aux termes de la Constitution de 1831, les conditions nécessaires pour l'électorat général ? C'est un cens qui ne peut être inférieur à 20 florins.

La thèse défendue par notre honorable collègue est donc absolument « indéfendable » au point de vue interprétatif — Au surplus, elle énoncerait un principe vide de sens, une formule purement abstraite sans portée pratique ».

(55) Le souverain exerce toutes les prérogatives de la puissance publique, il est chargé de remplir la mission de l'Etat. telle que nous l'avons l'avons définie. Il est donc appelé à établir et à perfectionner l'ordre constitutionnel ou politique. Il doit se préoccuper d'assurer la perpétuité et la stabilité du pouvoir et de prévenir les crises périlleuses, auxquelles peuvent donner lieu les vacances de la souveraineté. Exerçant sans restriction la *suprema potestas* (nous dirions aujourd'hui le *pouvoir constituant*), il règlera non seulement l'exercice de la souveraineté, mais sa transmission. A ce point de vue, il pourra la diviser, la démembrer en diverses branches et leur appliquer des modes distincts de transmission. C'est ce que le Congrès national a fait par la Constitution même.

« que du pays,le trône était vide (nous dirions la souveraineté « était devenue vacante par suite de la révolution) et le peu- « ple, rentré dans la plénitude de ses droits, pouvait libre- « ment disposer de ses destinées.Le Congrès national n'hésita « pas à admettre et à proclamer *que la souveraineté réside « dans la nation Belge* ».

La souveraineté est véritablement déclarée vacante, le Congrès s'en empare,déclare qu'il ne reconnaîtra aucun titre antérieur d'autorité, et que désormais c'est de la Constitution, son œuvre à lui, que tous les pouvoirs émaneront. C'est d'elle que le corps électoral lui-même (art. 47) tient son existence et ses droits.

L'art. 25 est aussi, au témoignage de M. Descamps une « dernière réponse nationale au célèbre message aux Etats « généraux, en date du 11 Décembre 1829, dans lequel « le roi des Pays-Bas parut à nos pères faire refluer en des « régions trop personnelles la source de ses pouvoirs ».

L'article 25 s'explique donc *historiquement* : il a pour objet de répudier les prétentions au Droit divin des Rois de l'ancien régime ainsi que les prétentions du roi de Hollande, lequel se déclarait souverain par droit de conquête, en vertu des traités.La Belgique par l'art.25 repousse toute domination étrangère, proclame sa liberté et prend possession d'elle même en se déclarant souveraine. L'art. 25 confirme la déclaration d'indépendance. On peut encore la rapprocher du décret d'exclusion à perpétuité des Nassau au trône de Belgique (56).

(56)Il importe de se souvenir qu'à peine rappelé en Hollande après la chute de Napoléon, le roi Guillaume lança une proclamation dans laquelle il s'appelait « Guillaume, par la *grâce de Dieu*, prince d'Orange, de Nassau. Il parlait déjà en souverain, car il promettait pardon à tous et s'appuyait sur une armée Russe qui le jour même entrait à *Amsterdam*. Il faisait dire au peuple d'Amsterdam qu'il se *présentait comme souverain* et promettait une *Constitution*. Il proclama le gouvernement provisoire dissous et s'empara des rênes du pouvoir. Il fit rédiger une Loi fondamentale, et fit désigner 600 notables uniquement pour leur soumettre la question de savoir si cette Loi

169. Libertés et Droits publics. Le *caractère national de la souveraineté se révèle par un second fait*, et s'exprime par un autre corollaire : l'appui nécessaire de l'opinion publique, l'accord des volontés et des sympathies générales non seulement pour l'établissement et le maintien des gouvernements, mais encore pour l'exercice de la puissance publique. A cet égard, il faut tenir compte encore des temps et des lieux. S'il est vrai de reconnaître que nul gouvernement, pas même celui du Tzar (Esmein page 67), ne peut exister de pure force, il faut admettre toutefois que des siècles d'expérience et de progrès ont été nécessaires pour faire triompher les droits de l'opinion publique et surtout pour arriver à la doter de moyens et d'organes par lesquels elle puisse librement et légalement se manifester. Nous pourrions ici multiplier les citations d'auteurs; quelques unes suffiront.

« Les pouvoirs publics, écrit *St-Girons* (p. 9), doivent avoir « dès l'origine et garder perpétuellement un caractère na- « tional. Pour exister et pour durer, l'adhésion publique leur « est indispensable ».

Selon *Esmein* (p. 167)la souveraineté nationale consiste à donner pour base aux gouvernements l'adhésion de l'opinion publique. L'opinion publique est la force politique primordiale et nécessaire et doit être pourvue de moyens (liberté de la presse, liberté des meetings) et d'organes par lesquels elle

contenait des garanties suffisantes pour la prospérité et la sûreté de la nation.

La Belgique est réunie à la Hollande par ordre des puissances, qui en ont fait la conquête. *C'est sur ce droit de conquête* que le Roi Guillaume fonde uniquement son droit de souveraineté. C'est à raison de *cette souveraineté, antérieure à toute constitution, qu'il déclara adoptée la Loi fondamentale*, rejetée cependant par les notables Belges. Dans son célèbre message du 11 Décembre 1829, il parlait des droits de souverain, « qu'il avait restreints de son propre mouvement en concédant une loi fondamentale ». En partant de ce principe le Roi de Hollande prétendait avoir *tous les pouvoirs* que la Loi fondamentale ne lui refusait pas expressément.

s'exprime. « Reconnaître, organiser et respecter la souve-
« raineté nationale, c'est donner à l'opinion publique, force
« supérieure, une expression précise, une valeur juridique
une autorité légale ».

A cet ordre d'idées se rattachent les efforts fait par certains publicistes, par M. *Fouillée* notamment, pour donner une explication plausible de la théorie contractuelle de Rousseau, en montrant que la vie des sociétés dépend d'un ensemble de nécessités collectives et d'un consentement individuel plus ou moins implicite à ces nécessités (Le mouvement positiviste,p. 242).C'est affirmer en d'autres termes que la souveraineté ne subsiste et ne s'exerce en fait que si elle est obéie ; or, la force ne peut maintenir d'une façon durable la souveraineté légale : aucun gouvernement ne peut subsister sans l'adhésion de l'opinion publique.

D'autres savants expriment encore la même pensée sous une autre forme : — *Macors, Palma, Orlando*, par exemple. Ils donnent pour fondement à la souveraineté, *la conscience nationale ou populaire.* Palma (page 156) insiste sur la *responsabilité* que supporte le souverain. C'est dans l'opinion publique qu'il doit trouver son appui ; c'est d'après ses tendances qu'il doit orienter ses directions, mais c'est aussi à l'opinion publique qu'il rend compte de ce qu'il fait ou néglige de faire, c'est en elle qu'il trouve son juge, et un juge dont il ne peut qu'à ses risques et périls braver les arrêts.

Il importe donc d'assurer à l'opinion publique les moyens de se produire au grand jour. Or, il n'est pas de meilleur procédé à cet égard que le développement des libertés publiques et l'établissement de sauvegardes contre les mesures arbitraires, dont elles peuvent avoir à souffrir.

Le Congrès national n'a pas été sur ce point inférieur à la tâche difficile, qui lui incombait. Il a consacré tout le titre II de la Constitution à la détermination des droits publics, c'est-à-dire à la définition des libertés essentielles et de leurs garanties fondamentales. Ce faisant, il a mis hors de toute

atteinte les prérogatives de l'opinion populaire, dont il a d'ailleurs assuré encore l'action libre et souveraine, en introduisant dans l'organisation et le fonctionnement des pouvoirs la grande et bienfaisante règle de la publicité des affaires.

170. Extension des droits politiques. La souveraineté nationale consiste enfin et trouve son expression dans un dernier fait : le *développement du principe électif*, l'incarnation de la puissance publique chez une fraction notable du peuple, autant que possible dans la majorité des citoyens adultes, investis les uns des fonctions et magistratures, tous appelés à se prononcer par l'usage des droits électoraux sur les graves questions qu'impliquent la direction et la marche des affaires publiques.

Ici encore, il faut prendre en considération les temps et les pays et reconnaître que la souveraineté nationale ainsi comprise, la démocratie, le suffrage étendu sont des fruits de la civilisation, de l'évolution historique.

Ce corollaire de la souveraineté nationale se légitime par les considérations les plus puissantes, tirées de l'utilité et des nécessités pratiques.

Si l'on veut, en effet, que l'Etat dans l'accomplissement de la mission d'ordre qui est la sienne, soit l'organe protecteur des intérêts collectifs et pourvoie au bien-être et au progrès général, il faut que tout converge vers ce but, que tout dans la société politique soit réglé de telle sorte que les volontés de l'Etat s'inspirent toujours du bien commun, que d'une part les intérêts de tous trouvent dans un bon régime électoral le moyen de se faire valoir, reconnaître et protéger, que d'autre part l'Etat soit organisé de manière à ce que l'utilité commune prévale sur les intérêts égoïstes, à ce que les intérêts collectifs ne soient jamais sacrifiés aux intérêts personnels des gouvernants. C'est pour cela que *l'Etat pouvoir est devenu un vaste organisme, à fonctions multiples et com-*

plexes, incarné en de nombreux citoyens et collèges de citoyens,dont les volontés, régulièrement exprimées, deviennent légalement les siennes. L'Etat se trouve aujourd'hui personnifié sinon dans tous, dans l'unanimité des membres de la société, du moins, dans une partie considérable de la nation.

Grâce au développement de la Démocratie représentative, l'Etat s'identifie, non avec le peuple entier, mais avec la majorité des citoyens mâles et adultes, lesquels participent au moins indirectement à la puissance publique. La société politique, l'Etat (sensu lato), se caractérise essentiellement par la répartition de tous ses membres en deux organes respectivement investis de la fonction de commander et de la fonction d'obéir. Tous les individus considérés isolément font partie de l'organe gouverné : *l'organe gouvernant, l'Etat (sensu stricto) comprend tous les citoyens investis des fonctions ou des droits politiques.* C'est à cela que l'Etat doit d'être qualifié de populaire; et c'est à cela que se réduit la Souveraineté dite nationale.

Cette participation au moins indirecte du grand nombre à l'exercice du pouvoir ne résulte pas seulement des faits, des circonstances historiques ; elle apparaît, on le voit, comme une conséquence de la mission, du rôle de l'Etat. Elle est surtout l'application de cette idée de bon sens, mise en vive lumière par *Stuart Mill* et par *de Laveleye*, que chacun étant d'ordinaire capable de discerner son propre bien mieux qu'autrui, et le bien général,but de l'Etat, étant composé de l'ensemble des biens particuliers, il s'ensuit que c'est à tous qu'il faut s'adresser pour créer un pouvoir qui ait pour but le bonheur et le perfectionnement de tous (57).

(57) M. *de Laveleye* ajoute que malheureusement beaucoup d'individus sont ignorants ou incapables de discerner l'utile du nuisible, de sorte que l'organisation d'un bon gouvernement est un problème très difficile et presque insoluble. (Le gouvernement de la Démocratie, I, page 12).

171. Part des électeurs dans la souveraineté. Dans les républiques et même dans les monarchies démocratiques, *la puissance* du corps électoral apparaît comme tellement dominante, que beaucoup d'auteurs n'hésitent pas à lui reconnaître toute souveraineté. La notion que nous avons donnée de celle-ci doit faire repousser cette opinion. Nous entendons par souveraineté un pouvoir juridique, régulier et continu : le corps électoral joue un rôle intermittent, et l'opinion qu'il exprime indirectement représente plutôt une *influence*, qu'une autorité régulière, et même une influence, qui en certains cas peut être plus faible que celle du pouvoir ou moins forte que celle qui résulte de la manifestation de l'opinion par la presse, les meetings et l'usage des autres libertés.

Certains auteurs, après avoir reconnu que la souveraineté réelle et effective doit être reconnue tant aux citoyens qui exercent les fonctions publiques qu'à ceux qui ne possèdent que les droits politiques, à l'ensemble des autorités et au corps électoral réunis, proposent d'appeler *souveraineté légale, juridique ou constitutionnelle*, la souveraineté ainsi attribuée, et de qualifier de souverain de fait ou de souverain politique l'organe *de la souverainete constitutionnelle, qui en fait* est le plus écouté, dont l'influence est prédominante, et qui seul est de taille à dire le dernier mot (57bis).

Cette théorie est fort en faveur en Angleterre et aux Etats-Unis. — *Malcom Platt* (Political science quaterly, Janvier 1895) et *Burgess* (Political science and comparative constitutional Law) sont les apôtres de la même idée. Burgess, qui identifie la souveraineté politique au pouvoir constituant, en arrive à affirmer en Angleterre la souveraineté d'un seul organe du Parlement, la Chambre des Communes. Malcom Platt reconnaît la souveraineté dans ce même pays aux Lords et aux électeurs de la Chambre des communes, et

(57bis) Esmein, page 167 — aussi : *David C. Ritchie*, dans les *Annales de l'Académie américaine de science politique*, Janvier 1891, page 385.

il appuie son opinion sur celle de *Dicey* et d'*Austin.* Aux Etats-Unis et en France, *Malcom Platt* et *Burgess* placent la souveraineté politique dans le corps électoral.

Nous repoussons cette distinction.

Nous la croyons trop arbitraire ; elle fait de la souveraineté politique une chose vague, indéterminée sujette à des variations, à de continuels déplacements.

Mieux vaut considérer le corps électoral comme participant à la souveraineté, comme l'un des organes de la puissance publique attribuée, par la Constitution non pas à lui seul, mais aussi aux élus ou représentants et même au prince, ainsi qu'aux fonctionnaires et magistrats incarnant les divers pouvoirs. Le caractère national de l'Etat est suffisamment marqué par l'extension des droits politiques et la répartition des fonctions en de multiples mains. Il n'y a aucune raison, ni aucun fait, qui permettent de reconnaître au corps électoral le monopole de la souveraineté, et moins encore de reconnaître une part quelconque de souveraineté aux membres de la nation ne possédant aucun droit politique.

Il n'y a de souveraineté réelle que celle que proclame et organise la Constitution.Il peut arriver certes que cette organisation soit mauvaise, trop étroite, que le régime *électoral* exclue illégitimement de nombreux citoyens de toute participation à la souveraineté. Il faut en pareil cas proclamer le devoir *du souverain* de supprimer ces exclusions injustifiées, le droit des éliminés de réclamer l'égalité politique : mais le droit de réclamer une participation à l'exercice de la souveraineté, n'est pas la souveraineté. Ce n'est qu'une liberté, une faculté civique, si l'on veut.

Les citoyens n'entrent dans l'organisme souverain que du jour où ils sont admis aux urnes ; on ne peut pas dire qu'ils exercent la souveraineté en en réclamant leur part.

III. L'individualité juridique de l'Etat.

172. Actualité du problème. L'un des problèmes les plus troublants de la Philosophie du Droit est certainement celui que soulève la personnalité, mieux vaut dire l'individualité ou la capacité juridique des associations, des fondations, du pouvoir civil (Etat, communes. etc)... de l'Eglise.

Ce problème est grave; on le rencontre dans toutes les parties du Droit ; en Droit civil et commercial, en Droit public, en Droit des gens ; il touche aux querelles religieuses et politiques et préoccupe les économistes et les sociologues. C'est pourtant de la théorie générale du Droit,du Droit pur, dirait Edmond Picard, ou si l'on veut du Droit naturel, que la question relève essentiellement. Suivant divers auteurs, elle se lie à la notion même du Droit, aux premières définitions juridiques.

Le problème a conservé toute son actualité : c'est même aujourd'hui l'un des plus dignes d'attention, à raison des préjugés et des erreurs qui l'obscurcissent et de la diversité des situations auxquelles il paraît s'étendre.

Appelé par notre sujet à creuser la notion du pouvoir et de ses attributs, nous voici amené à étudier parmi ceux-ci l'individualité ou la personnalité, dont l'Etat, dans toutes les législations, semble pourvu. Au moment de donner à notre pensée son expression définitive, le doute nous envahit et nous condamne à contrôler, à la lumière de récents et importants travaux scientifiques, les idées régnantes et nos propres opinions sur ce sujet.

Deux ouvrages doivent être étudiés spécialement : celui du *Marquis de Vareilles Sommières* intitulé: *Les personnes morales*, et « la *Théorie de la personnalité morale*, que publie Léon Michoud, professeur à Grenoble (58). Nous nous attacherons à ces deux auteurs, à raison surtout

(58) **Ces deux ouvrages sont en vente à la Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, rue Soufflot 20, Paris.**

de la fausseté des théories qu'ils s'accordent à répudier Nous possédons en Belgique deux livres importants sur le même sujet : l'un est de *M. J. Van den Heuvel: De la situation légale des associations sans but lucratif en France et en Belgique* (1884) ; l'autre est la thèse d'agrégation universitaire de *Maurice Wauthier: Etudes sur les personnes morales,* 1887. Complé tons ces renseignements bibliographiques en signalant encore d'assez nombreux articles parus sur la matière dans la *Revue du Droit public et de la science politique.* (Paris).

173. Législation positive.

Le *Marquis de Vareilles Sommières* observe que les Codes et les lois Françaises antérieures à 1884 ne parlent pas de personnification juridique.

Le nouveau Code civil allemand au contraire distingue les personnes en physiques et juridiques et consacre à chacune de ces catégories un titre distinct. Il se garde bien toutefois de consacrer les solutions inexactes et souvent injustes, qui escortent d'ordinaire la fiction de personnalité. Il ne contient d'ailleurs aucun texte doctrinal pouvant s'interpréter comme favorable à l'un ou l'autre des systèmes proposés pour rendre compte de la personnification juridique.

En Belgique non plus, aucune *théorie* ne pourrait se prévaloir de textes législatifs ; aucune solution contraire à la liberté et au droit d'association ne peut revendiquer chez nous un appui légal. Nous ne croyons pas que ni au parlement ni devant nos tribunaux, l'on puisse faire accueillir la thèse,d'après laquelle l'Etat serait maître de créer et de supprimer arbitrairement les personnes morales.

Mais, l'on ne peut nier qu'en Belgique la personnification soit admise comme une institution juridique impliquant des avantages légaux, comme une faveur que *la loi octroie ou reconnaît être due.* Nombreux aujourd'hui sont les textes

législatifs, qui en traitent expressément. Le premier en date est l'art. 2. de la loi du 18 Mai 1873 déclarant que chacune des cinq espèces de sociétés commerciales « *constitue une in-« dividualité juridique distincte de celle des associés* ». Depuis lors, sont venues :

1° La loi 21 Juillet 1890 accordant la *personnification civile* à la Caisse royale des accidents de travail ;

2° La loi du 30 Mars 1891 accordant la *personnification civile* à l'association de la Croix rouge de Belgique ;

3° La loi du 23 juin 1894 attribuant la *personnification civile* aux sociétés et anx fédérations de sociétés mutualistes *reconnues* (art. 3 et 6) ;

4° La loi du 31 Mars 1898 attribuant la même faveur aux Unions professionnelles, dont les statuts ont reçu l'entérinement du Conseil des mines (58bis).

La loi du 3 avril 1851 assurait déjà la capacité juridique aux sociétés de secours mutuels reconnues et la loi du 28 Mars 1868 étendait la même capacité aux caisses de prévoyance en faveur des ouvriers mineurs.

Enfin 5° la loi du 24 Décembre 1903 sur la réparation des dommages résultant des accidents de travail, octroyant la capacité juridique aux caisses communes d'assurance, que les chefs d'entreprises feront agréer par le gouvernement.

Au point de vue du Droit positif, *il faut donc s'incliner devant les dispositions formelles de la loi.* Il ne peut nous appartenir de changer la terminologie légale et de supprimer de notre législation ce qui s'y trouve.

(58 bis) Aucun texte ne reconnait la personnification civile ni aux *Comités de patronage* des maisons ouvrières ni aux *hospices privés*. Pourtant les premiers peuvent recevoir des dons et legs mobiliers à l'effet d'instituer des prix d'ordre, de propreté et d'épargne (art. 2 de la loi du 6 Août 1889) ; et les seconds peuvent faire avec les administrations communales de bienfaisance des contrats relatifs à l'assistance médicale gratuite (art 1 de la loi du 27 Novembre 1891).

174. Terminologie légale. Remarquons pourtant que le mot *personnalité* ne se rencontre dans aucun texte. C'est l'expression *personnification* qui domine; elle peut être admise pour indiquer l'assimilation législative à des personnes véritables d'associations ou d'institutions dépourvues de vie réelle.

Regrettons toutefois que l'on n'ait pas préféré l'expression « *existence juridique* », ou que l'on ne soit pas resté fidèle aux termes employés dans la loi de 1873 : *individualité juridique.*

Cette dernière expression étant écrite chez nous dans la loi, nous l'adoptons de préférence à toute autre.

Il y a, en effet, utilité évidente à être théoriquement exact, à ne pas accorder la personnalité à des êtres fictifs, à des abstractions, à des *universaux.* La personnalité doit être réservée à l'homme, à l'être conscient et libre, pourvu d'une destinée à soi. Le terme individualité, dans le langage philosophique comme dans la langue vulgaire, a une signification plus étendue ; il s'applique même aux êtres privés d'intelligence et de fin propre. Il convient dès lors mieux et *il suffit* pour indiquer ce que l'on veut dire : l'aptitude à être sujet de droit, la capacité juridique. Nous essayerons d'être fidèle désormais à cette terminologie.

175. Notre point de vue restreint. L'État et les communes sont des collectivités auxquelles on ne refuse pas la capacité juridique; il en est de même de diverses *associations*, telles que les sociétés mutualistes reconnues et les sociétés commerciales; enfin, l'existence légale est attribuée aux *fondations officielles,* telle que les bourses d'études ou les établissements charitables. La difficulté du problème résulte précisément de la nécessité de rendre compte de ces diverses catégories d'individualités, d'expliquer cette triple variété de situations.

Il est évident que nous ne pouvons pas entreprendre dans un simple chapitre de ce traité l'examen critique de toutes les

opinions en présence, ni même faire du problème l'objet d'un exposé approfondi et complet, contenant réponse à toutes les objections, solutionnant toutes les difficultés, éclairant toutes les applications. Nous ne pouvons qu'énoncer les conclusions, auxquelles, après une étude consciencieuse nous sommes parvenus et les justifier sommairement, en indiquant leur portée au point de vue du sujet que nous traitons : les attributs de l'État pouvoir.

Nous laisserons donc de côté tout ce qui concerne la personnification juridique des sociétés, des associations ou communautés volontaires, des fondations privées ou officielles, des provinces, des communes, des services ou établissements publics. Nous ne nous occuperons que de l'État (sensu stricto) et de l'individualité juridique qu'il est de mode de lui attribuer.

176. Division du sujet. Observons de suite que l'État se manifeste sur un double aspect, qu'il a pour ainsi dire deux faces, deux figures, une double capacité, ou une double activité juridique. Les Romains déjà affirmaient cette dualité, en distinguant dans les agents de l'Etat l'*imperium* et le *dominium*. L'Etat, en effet, est à la fois souverain et propriétaire (?) organisme politique et organisme civil, autorité qui décide et commande et simple possesseur de biens qui administre, individualité publique, qui gouverne la nation, et individualité privée n'ayant parfois rien qui le distingue des citoyens eux-mêmes.

Si donc nous voulons expliquer l'individualité de l'Etat, il nous la faut considérer sous l'un et l'autre aspects, dans un double domaine. Peut-être serons-nous amenés à des explications différentes, suivant qu'il s'agira de l'Etat propriétaire, ou de l'Etat souverain. Cette dualité de points de vue ne peut être négligée : trop souvent elle est méconnue par les auteurs ; la plupart omettent d'aborder le problème en tant qu'il peut concerner la puissance publique, la souveraineté de l'Etat. Occupons-nous successivement de l'individualité civile, puis de l'individualité publique du pouvoir.

Individualité civile de l'Etat.

177. Points à examiner.

L'État est — dans une grande partie de son activité — assujetti comme les particuliers au Code civil, au Code de commerce (59), au Code de procédure civile (60). Il a des droits et des biens que ces Codes de législation privée régissent. Il acquiert les successions vacantes, reçoit des legs et des donations, s'oblige par des contrats de toutes sortes et supporte la responsabilité de ses fautes civiles. Il vend, achète, loue, intervient dans certaines sociétés, prête, emprunte, accepte des dépôts, reçoit des cautionnements, donne mandat, transige, réclame des sûretés mobilières ou immobilières, exerce des privilèges, invoque ou subit des prescriptions, intente des procès, y défend, recourt à des poursuites et pratique des saisies. Cette longue énumération résume tout le Droit privé. Elle démontre que l'Etat, en multiples occasions, apparaît comme jouant le rôle d'un citoyen ordinaire, d'un simple particulier, d'une individualité purement civile. A qui appartiennent en réalité les droits qu'il exerce, les biens qu'il acquiert, administre et fait valoir ?

A qui appartient le domaine de l'Etat, public ou privé ? A qui appartiennent, par exemple, les chemins de fer publics, les palais ou siègent les deux Chambres, les forêts dont les revenus viennent enrichir les caisses du gouvernement ? Sous cette question très simple et très précise, se trouve posé tout le problème de l'individualité ou de la capacité civile de l'Etat. La faut-il admettre et affirmer ? Faut-il s'en passer, l'expulser du domaine de la science du Droit ? Comment, si on la conserve, en rendre raison ? Tels sont les points à examiner. Afin d'être aussi clair et aussi précis que possible, nous

(59) Pour l'exploitation de ses chemins de fer, par exemple.
(60) Pour les procès qu'il intente ou soutient.

réduisons le problème à la question du domaine de l'Etat et de l'explication juridique à en donner.

178. Théorie de la copropriété.

M. Van den Heuvel et le marquis de *Vareilles Sommières* (61) n'hésitent pas à considérer les biens des associations personnifiées comme appartenant aux associés eux mêmes, à ramener à des associations toutes les personnes morales existantes, même l'Etat, et dès lors à considérer le domaine de l'Etat comme appartenant à tous les citoyens, comme formant une copropriété, dont chacun est individuellement titulaire, bien qu'elle soit soumise à des règles spéciales, notamment, au régime de l'indivision permanente.

Nous ne voulons pas énoncer une opinion définitive au sujet de cette théorie en ce qui concerne les associations et les fondations. Mais nous croyons devoir dire *qu'en ce qui concerne l'Etat et son domaine,* la thèse de *MM. Van den Heuvel* et de *Vareilles Sommières* nous semble peu satisfaisante.

Puisque nous admettons que des solutions diverses pourraient être acceptables pour les diverses situations à expliquer (Etat propriétaire — Etat souverain — Provinces — Communes — Etablissements publics — Fondations officielles ou libres — Associations de toutes sortes), nous ne ferons pas à cette théorie l'objection, qu'y fait M. *Michoud* (62), d'être inapplicable aux personnes morales de Droit public. Mais nous sommes frappés des critiques suivantes, qui nous paraissent irrésistibles :

1° Le domaine de l'Etat ne peut être considéré comme la copropriété personnelle indivise de tous les membres de la nation, parce qu'il ne les intéresse pas exclusivement et privativement, mais bénéficie d'une manière collective et per-

(61) Les personnes morales, pages 487 ss.
(62) Page 63.

pétuelle à la génération présente et à la suite des générations futures dans leur permanente continuité ;

2° Les citoyens n'ont sur le domaine de l'Etat aucun droit de disposition, ni droit de partage, ni droit d'administration, ni même aucun *droit* d'usage ni de jouissance. — Il y a bien une catégorie de biens collectifs, nommés *communaux* tout court, dont la jouissance directe peut être laissée aux habitants à titre *précaire* ; mais à part ce cas unique — qui ne concerne que le patrimoine communal — les particuliers ne bénéficient jamais à titre de droit privé des biens du pouvoir.

La participation aux usages publics, auxquels sont affectés certains de ces biens (ex. : voies publiques) a lieu à titre de faculté commune, dont ne sont pas même exclus les étrangers. Et quant aux biens affectés à des services publics (palais de la nation — forteresses), les citoyens n'en retirent qu'une utilité indirecte. Ils ne profitent non plus qu'indirectement des biens du domaine privé, les revenus que le gouvernement en retire le dispensant de réclamer à la nation de plus fortes contributions pécuniaires. L'administration des biens de l'Etat étant dans les mains du gouvernement et de ses agents, le droit de disposition appartenant, *en principe*, au législateur, que reste-t-il aux citoyens, qui permette de les déclarer copropriétaires de ces biens ?

179. Théorie de la propriété collective. MM. *Planiol*, dans son traité de *Droit civil* (63) et *Berthélemy* dans son ouvrage de *Droit administratif* (64) ramènent la notion de personnalité juridique à celle de propriété collective, qu'ils distinguent nettement de la copropriété ordinaire. « Nous pouvons être de « trois manières propriétaires d'un champ ou d'un troupeau, « dit M. Berthélemy ; individuellement, c'est-à-dire chacun « pour une part divise ; indivisément, c'est-à-dire chacun « pour une quote part du champ ou du troupeau ; *collective-*

(63) Droit civil, t I.
(64) P. 29 ss. de la 3e édition.

« *ment* c'est-à-dire *à nous tous envisagés comme n'étant* « *qu'un* ». — Et M. Planiol pour expliquer la gestion des patrimoines collectifs leur donne « pour caractère principal « d'être un régime unitaire, c'est-à-dire de soustraire le « patrimoine collectif aux volontés individuelles des mem- « bres. »

Nous voulons bien admettre que le domaine de l'Etat soit qualifié de propriété collective, en donnant surtout à cette expression le sens de propriété non individuelle, *de biens qui n'appartiennent pas à des particuliers, dit prudemment le Code civil.* Si l'on va plus loin, l'on tombe sous le coup des objections dirigées contre la thèse précédente.

Mais examinons de plus près la situation juridique et essayons de préciser.

MM. Planiol et Berthélemy admettent donc qu'en propriété collective, les biens échappent à la disposition personnelle des associés. C'est, dit-on, le groupe entier qui dispose, administre et jouit et non les individus isolés.

Répondons : Comment faire intervenir le groupe entier, puisque les membres n'ont pas le droit d'aliéner, de régir, d'user et de jouir directement ? C'est donc que l'élément directeur du groupe, l'autorité placée à la tête de la collectivité, a seul et véritablement tous les droits,est maîtresse des susdits biens, maîtresse d'en disposer, d'en règler l'usage et la jouissance. S'il s'agit du domaine de l'Etat, le législateur dispose, le gouvernement régit, entretient et exploite. Dès lors, ne serait-il pas plus conforme à la réalité des choses, d'attribuer ces droits à qui les possède et les exerce vraiment, donc aux titulaires même du pouvoir, aux citoyens incarnant l'autorité publique.

N'est-ce pas là le vrai caractère distinctif de la soi disant propriété collective : sa mise à la disposition de la partie dirigeante d'un groupe, pour en disposer à son gré dans l'intérêt collectif et permanent de ce groupe, c'est-à-dire en vue des usages à procurer et des services à organiser au profit

général et continu du groupe considéré dans sa composition actuelle et future ?

180. Origine de l'idée de personnification. Mais il paraît tout aussi impossible de considérer le souverain ou les gouvernants (65) comme propriétaires individuels du domaine de l'Etat, que d'en faire le patrimoine commun des citoyens. Ce domaine ne peut être la copropriété personnelle des gouvernants, ni leur propriété collective. Quoiqu'ils en disposent à tous égards, au fond ce domaine n'est pas le leur. Aussi, n'en disposent-ils que dans l'intérêt d'autrui, c'est-à-dire dans l'intérêt collectif et permanent de la communauté, qu'ils gouvernent.

D'une part donc, impossibilité de déclarer le domaine public propriété des citoyens ; d'autre part, impossibilité plus grande encore d'en faire la propriété personnelle des dirigeants de la nation.

Impossible même de distinguer entre exercice et jouissance et d'attribuer aux dirigeants l'exercice, pour ne laisser aux citoyens que la simple jouissance, c'est-à-dire la nue possession des biens du domaine.

Il n'y a ici nulle identité possible avec le Droit civil, nulle analogie avec la situation des incapables propriétaires et de leurs représentants, chargés d'exercer en leur nom leurs droits.

La propriété directe des citoyens, en effet, n'est pas soutenable ; elle ne répond à rien ; à aucun moment elle n'est une réalité. Chez les incapables au contraire, il n'y a que suspension de l'exercice des droits ; la prétendue propriété du domaine public ne serait chez les citoyens qu'une prérogative absolument et perpétuellement vaine, qu'un pur néant.

Comment sortir de ce dédale d'impossibilités? La science du

(65) Ce terme comprend ici toutes les autorités compétentes, même le législateur.

Droit ne répugne pas aux notions abstraites. Mise en demeure d'expliquer, d'interpréter juridiquement ce fait absolument réel et concret : le domaine de l'Etat, elle a fini par recourir à un concept nouveau, à une formule d'assimilation entre les droits ayant pour titulaire une personne physique et les autres ; et elle a trouvé bon d'admettre l'individualité juridique ; elle a personnifié l'Etat.

181. **Système de la pure fiction.** Cette individualisation de l'Etat, elle y a eu recours d'abord comme à une simple fiction. Elle y a vu une institution purement légale, de pur Droit positif, une création de la loi. C'est *Laurent* qui a défendu cette théorie de la manière la plus rigoureuse et la plus restrictive. D'après lui, la personne morale sort du néant à l'appel du législateur ; elle est créée par lui ; elle peut disparaître par son ordre, de telle sorte que ses biens tomberaient au rang de choses vacantes. La personnalité juridique ne serait donc qu'une faveur, distribuable par l'État et par lui seul, et qu'il n'accorderait qu'aux groupements qui lui en paraissent dignes. Aucune personne morale ne pourrait naître que par la volonté de la loi.

Cette théorie se heurte tout d'abord à la personnalité même de l'État, la plus nécessaire et la plus certaine de toutes, de l'aveu de Laurent et de ses partisans, mais, qui précisément ne vient pas de la loi : elle préexiste, elle s'impose au législateur lui-même ; elle naît avec l'Etat, le législateur ne peut que la reconnaître et la définir.

« Ce qui est vrai de l'Etat, ajoute M. Michoud (66) est vrai « des autres groupes humains auxquels appartient la person- « nalité ; plusieurs de ces groupements sont historiquement « antérieurs à l'Etat, et la plupart ont une formation analo- « gue à la sienne .... La loi n'est intervenue que pour régle- « menter les rapports juridiques. Elle les prend, comme elle

(66) Page 27-28.

« prend tous les rapports humains, tels que les lui présente « la réalité, et elle se borne à leur donner la formule légale « la mieux appropriée à leur destination...

« Le système de la fiction méconnaît le rôle que joue le « législateur dans les rapports sociaux. Par lui-même le « législateur ne crée rien. L'existence matérielle des rapports « qu'il règlemente échappe à ses prises. »

Aussi est-il impuissant à empêcher l'existence de fait des personnes morales. « Comment ne pas voir que le XIX[e] « siècle a reconstitué autant de personnes juridiques, et plus « sans doute, que la Révolution n'en avait détruit ?

Enfin, dernière objection (67) le système de la fiction fait trop abstraction des personnes, qui composent et incarnent l'être moral. Il fait de celui-ci une entité placée au-dessus, donc en dehors de ces personnes : celles-ci sont des tiers vis-à-vis d'elle. Tout se passe en réalité, comme si les personnes physiques, qui composent l'être moral, n'existaient pas. Pareille théorie ne sort-elle pas des abstractions permises, pour tomber dans la pure fiction ? Ne méconnaît-elle pas la collectivité réelle des personnes vivantes et agissantes, formant en quelque sorte le corps de la personne morale ?

182. Système de la réalité objective de l'Etat. Nous ne nous arrêterons guère à l'opinion d'autres publicistes, qui passant d'un extrême à l'autre, répudiant toute fiction, érigent l'Etat en réalité concrète, en être vivant, en individualité véritable, distincte des membres qui la composent, en personnalité naturelle investie d'une pleine capacité juridique, ne tenant de la loi ni son existence ni ses droits. Comme le montre très bien M. *Michoud* (68), il faudrait, pour justifier semblable opinion, démontrer que les êtres collectifs comme l'Etat ont en eux

(67) V. également Michoud I, pages 36 ss.
(68) Pages 70 ss.

une volonté semblable à celle de l'homme et respectable pour les même motifs. Une simple affirmation ne suffit pas ; les essais de démonstration n'ont pas manqué, basés, soit sur la théorie organique des sociétés (69), soit sur la théorie de la volonté générale ou collective (70).

M. de Vareilles Sommières se réjouit de constater les progrès en France de cette théorie, « fausse dans ses principes, « mais bonne dans ses conclusions », mais, il consacre à la réfuter un long et intéressant chapitre (71). Il y montre que l'existence d'une volonté collective, née de la fusion des volontés individuelles, impliquerait aussi une intelligence générale produite par la fusion des esprits, et que l'intelligence et la volonté n'étant que des attributs appartenant à des substances, l'Etat devrait également être une substance, une âme engendrée par le rapprochement et la compénétration des âmes de tous les citoyens, Certains partisans de la théorie repoussent cependant ces exagérations nuageuses. Pour MM. Boistel et Terrat par exemple, il n'y a qu'un faisceau de volontés réunies en un tout harmonique et dirigées vers le même but ; et cela forme un tout indivisible, un corps, une réalité vivante née de plein droit du fait que des volontés individuelles se sont unies et organisées pour une fin (72). Mais ce faisceau de volontés, comment est-il possible d'y voir un être doué de raison et de liberté ? Comment pourrait-il être permis de lui attribuer la qualification, et le rang de personne ?

(69) Novicow, Worms, Espinas, Spencer. Fouillée, Bluntschli, Schaeffle, Gierke.

(70) Rousseau, Zitelman, Posada, Meurer, Hauriou.

(71) Pages 75 ss.

(72) De Vareilles Sommières, page 87.

183. Distinction entre fiction et abstraction. Nécessité de notions spéciales à la technique du Droit.

Si nous rejetons à la fois et la doctrine de la *pure fiction*, et la doctrine de la *réalite objective* de la personnalité de l'Etat, nous ne repoussons pas — dans le domaine du droit — les notions abstraites. Elles sont nécessaires en toute science : elles s'imposent particulièrement dans l'interprétation et l'explication des faits juridiques.

Les sciences ont chacune leur terminologie, leur langue propre, leurs définitions, leurs formules, leurs concepts particuliers. Le Droit n'échappe pas à la nécessité d'avoir aussi ses formules et de proposer, pour l'explication de certains faits, des notions, des manières de voir et de s'exprimer, qui, pour n'être au début que simplement hypothétiques et conventionnelles, n'en ont pas moins une très grande utilité(73). Les premières notions, les définitions fondamentales sont pratiquement indispensables; elles sont le résultat de l'analyse; mais elles servent ensuite à grouper, à synthétiser les faits observés et doivent être maintenues pour y être appliquées, aussi longtemps que ne s'offrent pas pour les remplacer des conceptions démontrées plus exactes, embrassant mieux et en plus grand nombre les phénomènes à expliquer. Il y a ainsi, pour chaque matière, des formules techniques qui s'y adaptent mieux que toute autre, et qui en forment, dit *Michoud*, comme le vêtement naturel. Au point de vue didactique, ces formules rendent des services inappréciables; au point de vue législatif et doctrinal, il y a péril à s'en écarter pour faire usage de formules moins exactes. Il y a souvent profit à en faire la base de solutions nouvelles, à les ériger en principes, à s'imprégner des idées qu'elles expriment comme d'idées forces, parfois très puissantes.

Dès lors, il convient de chercher la conception, et la formule — générale et abstraite naturellement — qui rende le mieux raison des phénomènes relatifs à l'existence de l'Etat-

(73) V. Michoud, pages 9 et 62.

pouvoir. Il ne s'agit pas de système absolu, excluant tout autre ; d'autres systèmes restent possibles ; par exemple : le régime de société ou celui des trusts Anglo-Saxons. Mais le meilleur, le plus adéquat à l'ensemble des faits,parait être celui de la personnalité juridique. Toutefois le terme personnalité, emprunté si l'on veut au langage de la philosophie, n'a nullement ici la signification que lui donne cette science, celle que lui assigne St-Thomas (rationalis naturæ individua substantia) et qui ne s'applique qu'aux êtres humains. M. Michoud fait *en droit* du concept de personnalité un concept spécial, une notion technique (74), une formule purement juridique.Et en ceci l'honorable professeur de Grenoble suit l'enseignement de *Jellineck* et de *Rehm* (75). Mais ces auteurs ne vont pas jusqu'à réduire la personnalité de l'Etat à un simple mot, à une étiquette, ou parenthèse. Ils répudieraient l'opinion dernière du marquis de Vareilles Sommières, lequel avait commencé par reconnaitre à la personnification la valeur d'un « utile ornement », susceptible de donner aux institutions plus de force et de stabilité. Ce n'est plus en définitive pour lui qu'une pure fiction *doctrinale*, d'une utilité purement artistique et pédagogique, ne répondant objectivement à rien, en somme une pure formule, une manière de dire et de parler.

Korkounov (76) n'y voit qu'un procédé de simplification des rapports mutuels entre individus et compare la conception de la personnalité juridique à celle des parenthèses en algèbre. « De même qu'en algèbre, sans faire les équations,nous met- « tons entre parenthèses les quantités unies par les signes « + ou —, pour simplifier le calcul, de même, en droit, nous

(74) Qu'il considère comme synonyme de l'expression : sujet de droits.

(75) Voir dans l'ouvrage de *L. Duguit* (I, pages 229 ss.) l'analyse que cet auteur fait des plus récentes théories allemandes développées par *Rehm* dans son livre *Allgemeine Staatslehre* et par *Jellineck* dans son *System der subjectiven öffentlichen Recht*, p. 161 et 162, et dans son livre *Allgemeine Staatslehre*.

(76) Professeur à l'Université de St Pétersbourg. V. son livre Cours de Théorie générale du Droit (traduction française chez Giard et Brière p. 223).

« mettons ensemble tous les intérêts identiques d'un certain « groupe de personnes par la conception de la personnalité « juridique et nous déterminons ensemble les rapports entre « le groupe et chaque individu ».

184. Portée scientifique de l'individualisation de l'Etat. Notre opinion se rapproche de celle de MM. *Michoud* et *Jellineck*. Nous croyons à l'utilité scientifique des notions techniques et spéciales, fussent-elles même provisoires ou conventionnelles. D'accord avec ces auteurs pour répudier l'objectivité, la substantialité des personnes morales, nous pensons que la science et la terminologie du Droit n'ont qu'à gagner à s'enrichir d'une formule (l'individualité juridique) permettant d'interpréter et d'expliquer rationnellement certaines situations d'ordre collectif.

Ceci justifie d'abord la diversité des points de vue, philosophique (Droit naturel), politique et juridique (droit positif) qu'il convient de ne pas confondre. Cette diversité nous a permis déjà de résoudre certaines questions complexes en matière de souveraineté (77). La distinction des domaines et des branches scientifiques s'impose.

Et cette distinction, une fois acceptée, entraîne comme corollaire l'admissibilité de notions purement juridiques, de concepts spéciaux à la science du Droit, nullement fictifs mais explicatifs de situations très réelles et objectives. « L'Etat, « écrit *Rehm*, n'est pas une fiction, mais une abstraction. La « fiction repose sur une invention, l'abstraction sur un fait. « Derrière la fiction, rien de réel n'existe ; l'abstraction voit « le réel, seulement elle le voit autrement qu'il n'existe en « réalité. L'abstraction interprète un fait naturel, la fiction « invente un fait qui n'existe pas dans la nature. En déclarant que l'Etat est une personne juridique, on fait abstrac-

(77) V. tome I, pages 270 ss.

« tion de ce que en fait, il se présente comme une pluralité « de personnes; et on fait abstraction de cela, parce qu'on « répond ainsi au but de l'Etat. »

Jellineck s'exprime dans le même sens : « Il ne faut point « assimiler abstraction et fiction, car alors la science ne serait « ... qu'une somme de fictions ... La connaissance juridique « de l'Etat peut seulement rendre l'Etat juridiquement con- « cevable, c'est-à-dire trouver une conception (une formule), « avec laquelle tous les caractères juridiques de l'Etat puis- « sent être saisis sans contradiction ... Seule la notion de « l'État, conçu comme sujet de droit, satisfait à cette condi- « tion ».

— « Une théorie juridique, écrit *Michoud* (v. page 47) ne « peut pas ne pas abstraire ; c'est de son essence même. Une « théorie juridique est un produit de notre esprit,par laquelle « nous cherchons à classer les faits de la vie réelle, pour « déterminer à quelle règle générale ils sont soumis. Or, pour « cela, nous sommes bien obligés d'employer les formules « abstraites, saisissant dans les faits les caractères généraux « qui les rapprochent et permettent de les grouper. Ce sont « ces caractères communs qui nous fournissent les concepts « juridiques, tels que ceux de personne, de droit subjectif, « d'obligation etc., sur lesquels nous opérons ». M. Michoud ajoute en note : « Ces concepts n'ont aucune existence objec- « tive ; ils désignent seulement la manière dont notre esprit « se représente des rapports entre les hommes.» *V. Jellineck* Allgemeine Staatslehre, p. 145.

185. Formule de M. Michoud.

Ces prémisses ont amené **M. Michoud** (78) à l'énoncé d'une théorie particulière digne de sérieuse attention. *Cette théorie a le mérite d'affirmer et d'expliquer l'unité, la continuité, en un mot l'identité de l'Etat.* Nous insisterons tout à l'heure sur cet ordre d'idées

(78) Revue de Droit public, tome onzième, pages 213 ss. La théorie de la personnalité morale. nos 45 ss.

M. Michoud prend pour point de départ la notion de *droit*, qui le conduit à celle de *sujet de droit*. Tout droit individuel étant défini : *l'intérêt d'un homme ou d'un groupe d'hommes juridiquement* (79) *protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter et de le défendre*, il faut considérer comme sujet ou titulaire du droit *l'être (collectif* (80) *ou individuel)dont l'intérêt est ainsi garanti*, alors même que la volonté qui le représente ne lui appartiendrait pas en propre au sens métaphysique du mot. Il suffit que cette volonté puisse lui être socialement attribuée pour que la loi, interprétative des faits, doive la considérer comme la sienne.

Ces définitions sont assez larges, non seulement pour abriter les droits de l'individu, mais encore pour élever à la dignité de droits subjectifs les *intérêts collectifs et permanents des groupements humains représentés par des volontés agissant en leur nom.*

Le premier intérêt collectif qui puisse prétendre à cette protection est celui de chaque nation indépendante, groupée sur un territoire déterminé ; c'est cet intérêt qui est représenté par la personne morale Etat. Il est infiniment complexe, car il embrasse tous les droits qui sont destinés à assurer la vie et la prospérité de la nation ; non seulement les droits qui se rattachent à l'idée de souveraineté, mais encore les droits patrimoniaux, qui ont en somme la même destination que les premiers, et qui composent le domaine privé de l'Etat.

Cet intérêt collectif et complexe du groupe national trouve sa représentation et son organisation dans la volonté collective, qui d'ordinaire se forme spontanément et qui en fait, et

(79) Ce mot peut s'interpréter « intérêt protégé par le *Droit objectif* » et dès lors permet de concilier la théorie avec le Droit naturel, et avec la définition traditionelle du droit : pouvoir *moral*.

(80) Ceci appelle une réserve formelle. N'est-ce pas retomber dans l'erreur que l'on veut écarter, consistant à attribuer les droits de l'Etat à tous les citoyens ?

nécessairement se dégage dans toute société soit par consentement général, soit même par la force. Il suffit pour que la volonté dirigeante soit considérée comme celle du groupe, qu'elle réussisse à s'imposer d'une manière ou d'une autre : question de fait *Le Droit ici ne crée rien* ; il ne peut que s'incliner devant le fait qui s'impose, que reconnaître le sujet de droit s'affirmant par la réunion des éléments constitutifs de l'individualité juridique.

186.

Vues personnelles.

Nous pouvons nous rallier à l'idée d'admettre cette individualité à titre de notion utile à la technique du Droit ; et nous pourrions même adopter les définitions proposées : personne signifierait sujet de droit ; droit désignerait tout pouvoir de volonté au service d'un légitime intérêt, individuel ou collectif.

La personne collective de l'Etat, c'est en définitive le faisceau des volontés coordonnées des gouvernants agissant comme volonté unique, pour la défense et le progrès des intérêts généraux et permanents de la nation.

Ces formules ne nous répugnent nullement.

Mais sont-elles tout-à-fait satisfaisantes ?

Résolvent-elles complètement les difficultés que nous avons indiquées à propos du domaine de l'Etat ?

En incarnant l'Etat dans ses organes de gouvernement, n'aboutit-on pas au fond à ne lui laisser que l'exercice de droits dont seraient réels titulaires les gouvernés, les citoyens eux-mêmes ?

Si l'on rejette cette interprétation, n'exagère-t-on pas les droits du gouvernement (incarné dans les individus exprimant la volonté collective) au point d'en faire le maître, le vrai propriétaire des biens et droits de l'Etat ?

Nous est avis que, pour sortir de ce dédale de principes discordants, *il y a lieu de préciser les droits de l'Etat sur le domaine public, de les distinguer surtout de la propriété individuelle ordinaire.*

Il y a, en effet, *des biens hors du commerce*, des biens de main morte, des biens qui *sont pas soumis au régime de propriété individuelle*. C'est le Code civil lui-même qui le déclare.

« Les particuliers, porte l'art. 537, ont la libre disposition « des biens qui leur appartiennent » ; au contraire, « les « biens qui n'appartiennent pas à des particuliers sont ad- « ministrés et ne peuvent être aliénés que dans les formes et « suivant les règles qui leur sont particulières ». — « Sont « considérés comme des dépendances du domaine public...les « portions du territoire ... qui ne sont pas susceptibles d'une « propriété-privée (art. 538) (81). Voir également les arti- « cles 619, 650 et 1712.

Les autorités et fonctionnaires ayant mission de faire les *actes de disposition*, de jouissance et de gestion relatifs aux biens ayant l'Etat pour soi-disant propriétaire, offrent ceci de spécial que leurs pouvoirs leür sont donnés exclusivement dans l'intérêt public, nullement et jamais dans leur propre intérêt.Ils sont, en réalité, à cet égard, administrateurs de biens qui ne leur appartiennent pas, intendants d'un domaine dont à tous égards la nation est seule bénéficiaire, à raison des ressources qu'il procure en déduction des impôts, des usages publics dont il est susceptible et des services publics, auxquels il peut-être affecté.Il n'y a donc ici ni propriété individuelle des citoyens, ni propriété individuelle des gouvernants, mais *droit spécial d'intendance ou d'administration, dont sont vraiment titulaires* les personnes investies individuellement ou collectivement des fonctions y afférentes. — Ce droit d'intendance ou d'administration est certes très étendu ; il comporte même l'*exercice* de toutes les

(81) Tout le monde reconnait aujourd'hui que l'art. 542 qui attribue aux habitants la propriété des biens communaux est mal rédigé. — Il faut en dire autant de l'art. 541. qui parle des terrains qui appartiennent à l'Etat, sauf pourtant à tolérer la rédaction de cette disposition, en observant que les mots « qui appartiennent » visent un genre spécial de propriété (art. 537) et non la propriété individuelle ou privée ordinaire.

prérogatives de la propriété (82), mais l'exercice seulement et dans l'intérêt exclusif du trésor,des usages ou des services publics.

En réalité donc, la capacité civile du pouvoir est l'accessoire de sa souveraineté, de sa capacité politique. Le domaine qui lui est attribué a une destination exclusivement publique : ses besoins et les tâches auxquelles il doit pourvoir. Les droits réels qu'il possède, il ne les a et ne les exerce que dans l'intérêt général, au service de tous, puisqu'ils sont les accessoires des droits de puissance, dont il est investi.

Ses droits, ses biens, peut-on dire, sont des dépendances de son autorité, ils appartiennent donc en quelque sorte à sa fonction, à son but.

A cet ordre d'idées se rattache la théorie de *Brinz* et de *de Bekker,* suivie par beaucoup d'auteurs. Suivant cette théorie, il y a des *res nullius*, des choses n'ayant pas de propriétaire, des patrimoines sans maître, des biens n'appartenant pas à quelqu'un mais à quelque chose, au but auquel ils sont affectés. Ainsi, en est-il des biens dits de l'Etat ; ils sont sans propriétaire ; soustraits au régime de la propriété privée, ils sont, dans les mains des fonctionnaires qui les régissent, des choses, dont ceux-ci ne sont pas plus propriétaires que les citoyens eux mêmes, mais dont ils sont seulement les administrateurs au bénéfice de ces derniers (83).

On a fait à cette théorie le reproche de donner prise aux empiètements de l'Etat sur tous les patrimoines collectifs. On avoue donc qu'elle ne menace pas la propriété individuelle. Elle reconnaît seulement à l'Etat le droit de soustraire certains biens au régime de propriété privée, mais avec l'obligation de ne pas détourner ensuite les biens sans maître des buts légitimes auxquels ils auront pu être affectés.

(82) Avec les obligations qui peuvent aussi en dériver.

(83) Lire la critique de cette théorie dans *Michoud*, p. 39 ss ; dans l'ouvrage du marquis *de Vareilles Sommières* (p. 124 ss) et dans celui de M. *Vauthier*, p. 275.

On reproche encore à la théorie de supprimer le problème posé, de heurter les notions fondamentales du Droit, en regardant les biens de l'Etat comme des propriétés sans propriétaire, des droits sans sujets. — Sans doute, la théorie admet des *res nullius*, des patrimoines dont le caractère est d'appartenir à un but (pertinere ad aliquid) et non à quelqu'un (pertinere ad aliquem). Mais le *Droit Romain* et le Code civil n'admettent-ils pas cette catégorie de choses ou de biens ?

Toutefois, au lieu de rattacher les droits aux choses, mieux vaudrait essayer de les rattacher aux personnes humaines. Aussi, l'opinion de *Brinz* et de *de Bekker* doit elle se réduire à admettre l'existence de biens sans propriétaire individuel, mais nullement des biens sujets de droits, ni des droits sans sujet. *Les biens du domaine de l'Etat sont objets de droits*, non pas du droit de propriété ordinaire, mais d'un ensemble de droits attribués ou reconnus *aux dépositaires de l'autorité publique*, administrateurs de ce domaine.

Nous corrigeons ainsi ce qu'a d'excessif l'opinion de *Brinz* et de *de Becker*, et d'autre part nous complétons, ce nous semble, la théorie et la formule de M. Michoud.

L'Etat serait, selon nous, abstractivement considéré comme le sujet des droits dont le domaine est l'objet, mais ces droits ne seraient pas identifiés à la propriété, et *ils auraient pour titulaires réels, les gouvernants, pris unitairement*, comme organes d'une volonté unique et collective s'exerçant sur des biens soustraits à la libre disposition des particuliers (84) et les administrant au bénéfice et dans l'intérêt commun de la nation.

Pour M. Michoud, l'*objet* de tout droit, c'est un intérêt humain, soit individuel soit collectif. Nous précisons cet intérêt en l'identifiant avec les ressources, les usages publics, et les nécessités afférentes aux services communs que comportent dans toute nation l'organisation et la vie de l'Etat.

(84) pouvant toutefois rentrer dans la circulation, dans le commerce.

Au problème posé, nous donnons donc cette réponse :

187.

Conclusion.

—

Les biens du domaine de l'Etat en principe n'ont pas de propriétaire ; ils sont soustraits au régime de la propriété individuelle, auquel pourtant ils peuvent être réassujettis.

Mais ces biens enlevés à la libre disposition des particuliers, sont mis à la disposition des autorités publiques, et comme tels sont l'objet d'un droit spécial, que l'on peut qualifier droit de haute administration, droit, *dont sont réellement et exclusivement titulaires les individus ou collèges d'individus* exerçant la puissance publique.

Ceux-ci agissant harmoniquement et unitairement, avec esprit de suite et de perpétuité, en vue d'un but unique, toujours le même, l'utilité publique et le progrès social, constituent en vérité un groupe de personnes accomplissant une même mission, et munis pour cela de pouvoirs spéciaux, de véritables droits, qu'il est permis de considérer comme dépendant essentiellement de cette mission, comme des prérogatives ayant en somme pour eux le caractère de devoirs à remplir, et différents dès lors radicalement des droits individuels ou privés.

C'est pour affirmer le caractère in-individuel ou impersonnel, c'est-à-dire collectif des droits reconnus aux dépositaires du pouvoir, qu'il semble utile de recourir à la notion d'individualité juridique, et d'affirmer en même temps l'*unité* et la *continuité* qui doivent prévaloir dans tous les domaines d'activité de l'Etat.

Conventionnellement l'Etat, qui s'identifie avec l'ensemble des gouvernants, est idéalement (nous ne disons pas fictivement) assimilé à une personne, traité comme formant un seul sujet de droit, une individualité agissant par l'organe de volontés multiples mais coordonnées pour l'exercice des droits SUSDITS suivant des vues communes au service de la nation (84bis)

(84bis) Au moment de mettre sous presse, une heureuse occasion nous est offerte de contrôler nos opinions par celles de l'éminent civiliste Belge,

M. le professeur Van Biervliet. C'est pour nous une bonne fortune et une grande joie intellectuelle de pouvoir constater la concordance de nos conclusions avec les opinions — publiées déjà — à notre insu — dès 1888, de l'honorable secrétaire académique de l'Université de Louvain.

L'expression de sa pensée se trouve dans la *Revue pratique de notariat* (Revue Maton) sous l'intitulé : *De la nature des personnes civiles*. Nous extrayons de cet article le passage suivant, que, sous aucun prétexte, nous ne voudrions écourter:

« Demander quel est le sujet d'un droit, c'est demander quel est l'être « doué de raison et de volonté, auquel appartient le pouvoir moral qui « forme le droit.

Or, en ce qui concerne l'Etat, la réponse nous paraît bien simple : « c'est peut-être le motif pour lequel on ne s'y est pas arrêté. Ce sont « des hommes qui exercent les droits de l'Etat, et ces hommes, sont les « véritables sujets de droits » (1).

« On se récrie : Comment ? les biens domaniaux de l'Etat appartien- « nent-ils aux ministres, les biens des provinces et des communes aux « autorités provinciales et communales ? Quelle hérésie !

« *L'objection implique une confusion* qu'il est aisé de faire disparaître. « Sans doute, les biens du domaine de l'Etat ne sont pas la propriété « des ministres, ni de leurs subordonnés. *Ces biens ne sont à vrai dire la* « *propriété de personne*, ce sont des *res nullius*, en ce sens que *ces biens* « *n'ont pas de propriétaire, dans le sens strict du mot :* il ne s'ensuit nul- « lement qu'ils ne sont pas *objets de droits réels*. Ces droits, *analogues* « sous beaucoup de rapports aux droits que les particuliers exer- « cent sur les biens qui leur appartiennent, s'en distinguent en ce point, « qu'ils n'impliquent pas le pouvoir de disposer absolument, *d'après la* « *volonté suprême du sujet de ces droits,* mais au contraire l'obligation « de se servir des biens en vue d'un but nettement déterminé. Cette res- « triction annule-t-elle le droit ? Il serait puéril de le prétendre ; en « dernière analyse, aucun droit humain n'est absolu; quand nous disons « que la propriété est le droit de disposer des choses d'une manière

(1) *Note manuscrite de V. Van Biervliet* sur une édition de son article qui lui appartient et qu'il me communique personnellement.

« D'après Ihéring (*Geist des römischer Rechts* III, 1 § 60-61), suivi par « Van den Heuvel (De la situation légale des associations sans but lucratif), « les véritables sujets de ces droits sont les citoyens *au profit* desquels « ces droits existent. — *Réponse.* Il est difficile de concevoir comme sujets de « droits des personnes qui sont *perpétuellement* et *nécessairement* exclues « de toute participation *active* aux pouvoir,qui constituent ces droits.

« Et qui sera, dans cette théorie, le sujet des droits, lorsqu'il s'agit d'une « fondation créée dans un but d'utilité publique, par ex. d'une bibliothèque, « d'un musée. Seraient-ce les savants ou l'humanité entière ?

« absolue, nous sous-entendons toujours les réserves résultant des de-
« voirs imposés à l'homme tant par la loi civile que par la loi morale.
« En résumé, il y a cette différence entre le patrimoine de l'Etat et le
« patrimoine de l'individu, que le premter doit être affecté à l'utilité
« générale de tous les citoyens et que le second peut être affecté tout
« entier et exclusivement à l'utilité propre de l'individu.... Cela étant,
« quelle difficulté reste-t-il à reconnaître comme véritables sujets des
« droits domaniaux de l'Etat les hommes qui, sous nos yeux, exercent
« ces droits ? Et quel besoin y a-t- il dès lors de parler ici de personnes
« fictives ? (1)

Individualité publique de l'Etat.

188. Application de la notion d'individualité à l'Etat Souverain. Jusqu'en ces dernières années,les auteurs ne se sont occupés de l'individualité de l'Etat qu'au point de vue civil. Suivant l'opinion de *Savigny* et, en France, de la majorité des auteurs, en Belgique de MM. *Vauthier* et *Van den Heuvel*, l'expression de personnalité juridique ou morale est réservée au Droit privé.

M. *de Vareilles Sommières* ne voit sous l'individualisation juridique qu'un régime spécial de biens, qu'il qualifie de régime personnifiant, M. *Planiol* va jusqu'à dire que les prétendues personnes morales n'en sont pas, même d'une manière fictive, ce sont des choses : personnalité est synonyme de masse de biens. M. *Berthelemy* se déclare l'adversaire de toute personnification de l'Etat puissance publique.

(1) M. Van Biervliet, qui enseignait cette théorie jadis dans son cours de Principes de Code civil, ajoute à son article de 1888 une longue note, qui mérite d'être produite.

« La théorie, dit-il que nous venons de résumer est développée savamment
« par M. Serment, dans une thèse présentée en 1877 à la Faculté de Droit
« de Genève, et intitulée: *Associations et Corporations*.

On y lit : « Ce serait le véritable caractère particulier des droits des ad-
« ministrateurs, d'être restreints par le devoir d'employer de telle ou telle façon
« les choses qu'ils mettent en la puissance de leurs sujets ... Dans ce sens on
« peut dire que les biens de la personne juridique sont des biens sans pro-
« priétaire. **Les administrateurs ont sur eux des droits** *qui corres-*
« *pondent à la propriété, la remplacent et l'excluent. On pourrait dire qu'ils*
« *en ont la propriété formelle ou nominale* ».

Pourtant les pouvoirs, ou plutôt les droits de l'Etat : le *jus legem ferendi*, le *jus tributi*, le droit de punir, le droit de juger... etc.. réclament aussi un ou des titulaires. S'il n'y a pas de droits sans sujet, il faut déterminer le ou les sujets des droits divers compris dans le droit général de souveraineté.

Ce point est d'évidence même, Aussi, pensons-nous avec M. Michoud et les nombreux publicistes dont il suit l'opinion, qu'il faut étendre le problème de l'individualité ou de la capacité juridique de l'Etat, au domaine de son activité comme souverain. Il y aurait illogisme à restreindre ce problème au Droit privé.

189. Titulaires réels des droits de l'Etat.

Ce qui a été dit ci-dessus à propos de l'attribution de la souveraineté (nos 153), et au sujet de l'individualité *civile* de l'Etat (nos 186 et 187) va nous permettre d'être assez bref.

Ne mentionnons que pour mémoire l'idée de reconnaître à l'Etat une personnalité réelle et objective, et celle de faire de la souveraineté l'attribut commun de tous les citoyens. Et pourtant, si nous avons admis des biens sans propriétaire individuel, nous ne voulons point de droits sans sujet. Où donc réside la souveraineté ?

Quels sont les titulaires des droits de l'Etat ?

Nous répondons : Ce sont les gouvernants eux-mêmes, les dirigeants de la nation, les organes effectifs de la souveraineté c'est-à-dire les citoyens ou collèges de citoyens investis des fonctions *et des droits publics*. Cette thèse nous paraît seule exacte, seule adéquate aux faits, seule admissible pour quiconque ne se paie pas de mots.

Mais autre chose est d'être titulaire d'un droit privé, comme de la propriété d'un objet, autre chose d'être investi d'un droit d'autorité, de commandement à exercer dans l'intérêt d'autrui, à la tête d'un groupe, d'un peuple que l'on a mission de régir et gouverner.

La souveraineté a le caractère de fonction à exercer pour le bien de tous. dans l'intérêt collectif ou national.

Son organisation est très complexe et comporte des situations qui demandent à être ramenées par voie d'abstraction scientifique à l'un ou l'autre concept explicatif, à l'une ou l'autre formule conventionnelle ou technique, suffisante pour les besoins de l'enseignement, et de la doctrine.

L'Etat est incarné aujourd'hui dans un personnel nombreux et variable. Les citoyens compcsant ce personnel agissent pourtant avec ensemble, harmoniquement, dans une même direction, et avec suite, comme s'ils n'étaient qu'un. Il n'y a qu'une constitution, une loi, une justice, un gouvernement, et les différents pouvoirs, quoique distincts, apparaissent comme les démembrements d'une seule et même autorité publique. L'idée d'en faire des individualités séparées ne se rencontre que chez quelques penseurs isolés, et les juristes ne se rallient pas d'avantage à l'idée de voir deux êtres différents dans l'Etat-puissance publique, et dans l'Etat propriétaire, moins encore à l'idée d'ériger en personnes civiles, les services publics (85). Considérez — sur tous les points du territoire — les divers représentants et agents du pouvoir ... le juge qui exerce sa mission dans son ressort, le receveur des contributions qui perçoit les deniers de l'Etat, un receveur de l'enregistrement chargé au nom du pouvoir de formalités destinées à donner date certaine aux actes des particuliers, le commissaire d'arrondissement qui au nom du gouvernement surveille les administrations locales ... toutes ces personnes collaborent à une même œuvre, travaillent à la réalisation d'un but unique, agissent au même titre, incarnent une seule et même idée, un seul et même principe l'autorité sociale, la souveraineté une et indivisible.

D'autre part, tous les dépositaires de l'autorité, tous les

(85) Il y a puérilité par exemple à personnaliser le trésor public, lequel est simplement pour l'Etat ce qu'est pour un particulier son coffre-fort ou son porte-monnaie.

pouvoirs, tous les services représentent un vaste ensemble, un vaste organisme, sujet à de perpétuels renouvellements, et à d'incessantes transformations, mais demeurant néanmoins lui-même, un et continu dans le temps comme dans l'espace en quelque sorte, c'est-à-dire dans la suite des titulaires des fonctions se succédant l'un à l'autre comme dans l'extension constante des tâches à remplir et la multiplicité des personnes et des collèges auxquels elles sont confiées.

L'autorité publique apparaît donc comme identique à elle-même ; et rien ne marque mieux cet attribut d'identité continue que la notion d'individualité juridique, impliquant à la fois l'unité et la permanence.

190. Application de la théorie de M. Michoud à l'individualisation publique de l'Etat. M. Michoud explique cette personnalité et essaie d'en rendre compte par la combinaison de deux éléments : l'organisation de la volonté collective émanant des *gouvernants*, et l'existence dans la masse des gouvernés d'intérêts communs, au service desquels cette volonté est appliquée.

Il en résulte, d'après Michoud, que l'Etat est sujet de droit, parce que tout le monde admet qu'il y a des droits de l'Etat, et qu'il leur faut un sujet ; et qu'il y a, en effet des droits de l'Etat, parce que les gouvernants ayant une volonté, et les gouvernés, des intérêts protégés par cette volonté, l'on trouve réunis les deux éléments constitutifs de tout droit : intérêt légitime — et pouvoir de volonté appliqué à le défendre.

Prenez le pouvoir législatif : il implique une volonté collective s'exprimant organiquement suivant une procédure réglée — et des intérêts moraux, économiques ... réclamant le concours de cette volonté. C'est donc un droit. Les individus qui l'exercent peuvent être considérés comme les organes d'un unique sujet de droit, d'une seule personne juridique.

Notre opinion comporte des formules assez différentes.

Les dépositaires du pouvoir établi sont, d'après nous, vraiment titulaires des droits qui dérivent pour ce pouvoir de la nécessité Providentielle, où se trouve la nation, d'être gouvernée. Cela revient à dire, avec M. Michoud, que les droits de l'Etat reposent sur une nécessité sociale, impliquent au sein de la société des intérêts généraux et permanents d'ordres divers, dont la sauvegarde et la défense ont besoin de décisions et d'actes provenant d'une volonté collective et continue.

Nous estimons seulement que M. Michoud laisse trop dans l'ombre les vrais titulaires de la souveraintè, les réels et uniques sujets des droits de puissance publique, les chefs du gouvernement, les membres de la représentation nationale, les magistrats et les fonctionnaires, ainsi que les électeurs, en un mot tous les participants à la vie de l'Etat, l'incarnant et exprimant collectivement des volontés, qui sont juridiquement et nécessairement les seules qui puissent lui être attribuées.

191. Attributs de l'Etat Souverain, dont son individualité est l'expression.

Nous continuons néanmoins à trouver grandement utile l'affirmation de l'individualité de l'Etat souverain, non pas pour lui reconnaître une existence réelle,pour en faire un être distinct des citoyens ou des gouvernants, non pas non plus pour nier que les vrais titulalres des droits de l'Etat soient bel et bien les personnes en chair et en os qui l'incarnent dans l'exercice des fonctions et des droits politiques, mais pour marquer, disons mieux pour expliquer d'une manière très nette et très formelle, l'*unité* et l'*indivisibilité, la permanence ou la continuité, la capacité juridique* et le *caractère collectif ou national* (86) de la souveraineté.

« L'on ne pourrait, écrit M. *Michoud* (I, page 14) faire

(86) On pourrait dire encore le caractère public ou représentatif de la souveraineté.

« disparaître l'idée de personnalité sans affaiblir le senti-
« ment nécessaire de **l'unité** et de la permanence de l'Etat,
« ainsi que des autres groupes représentants des intérêts
« collectifs. »

Selon Jellineck (87), « dans la conception du Droit public,
« l'Etat est une unité. Les individus coexistant dans le temps
« sont réunis en unité en tant qu'un but commun les réunit
« les uns aux autres. Cette unité a un fondement physique,
« le territoire ; et sur ce territoire la permanence du but
« donne la conception pratique de l'Etat, qui persiste comme
« unité téléologique, malgré les changements survenus dans
« les parties composantes. Ainsi, la puissance Etatique, qui
« poursuit ce but, apparaît comme une unité continue, mal-
« gré la pluralité et la diversité des personnes qui en rem-
« plissent les fonctions ... L'Etat ainsi compris est une per-
« sonne juridique... La personnalité de l'Etat est une création
« du Droit, répondant à la permanence et à la continuité des
« buts étatiques ... Le criterium de l'exactitude d'une théorie
« juridique de l'Etat est qu'elle puisse expliquer l'unité per-
« manente (l'identité) de l'Etat, malgré le changement con-
« tinuel des individus qui le constituent. Seule la notion
« de l'Etat conçu comme sujet de droit satisfait à cette con-
« dition ».

L'individualité est aussi l'affirmation de **la capacité juridique** de l'Etat tant au point de vue des autres Etats qu'au point de vue intérieur. C'est dans le Droit international que cette vérité s'est d'abord introduite (88). L'Etat, force agissante, qui fait reconnaître son indépendance, conclut des traités, contracte des engagements, est peu à peu considéré comme capable d'avoir des droits et des obligations, tant de droit privé que de droit public. Lui même, dans son droit interne, doit affirmer sa propre personnalité, déclarer qu'il a des droits et des obligations, se rapportant à une seule et per-

(87) V. Duguit, I, pages 237 ss.
(88) Michoud I, pages 270 ss.

manente individualité. Il est inadmissible de fractionner l'Etat en deux personnalités, l'une de droit public l'autre de droit privé, moins encore en multiples personnalités correspondant aux divers pouvoirs (89), aux départements ministériels ou aux divers services publics. Tous les actes de l'Etat, actes d'autorité ou contrats civils, sont faits en vue du même intérêt collectif et par conséquent pour le même sujet, la même personne. Aussi, la jurisprudence admet-elle, même en France, que l'Etat est pécuniairement responsable des fautes commises par ses organes ou agents dans la gestion des services publics. Cette solution s'explique bien en tout cas par l'idée de personnalité de l'Etat.

Enfin, *le concept d'individualité juridique est indispensable pour marquer énergiquement le* **caractère collectif, social ou national des droits dits de l'Etat,** ayant cependant pour véritables titulaires les gouvernants (90). Nous estimons que le souverain est bien le titulaire des droits de puissance publique, que Louis XIV pouvait dire avec vérité « L'Etat, c'est moi », comme Léopold II a pu l'écrire à propos du Congo. Nous estimons qu'en Belgique, les vrais titulaires du pouvoir souverain (constituant) et des droits qu'il comporte sont bel et bien le Roi, les électeurs, les sénateurs et les députés. Mais ce qu'il faut affirmer en outre, c'est que les droits de souveraineté ne sont donnés aux gouvernants que dans l'intérêt des gouvernés, qu'ils ne peuvent être exercés que pour le bien de tous, pour la défense et le développement des intérêts collectifs, qu'ils n'ont en définitive pour objet que des devoirs, des fonctions à remplir au service du pays.

La formule « L'Etat, c'est moi », ce n'est pas en somme l'affirmation du despotisme, c'est plutôt l'acceptation d'une charge, la reconnaissance d'un devoir supérieur. *Esmein* (91),

(89) La division des pouvoirs n'est qu'une simple distribution des fonctions de l'Etat entre des organes divers, ayant des compétences distinctes.

(90) Nous nous séparons en ceci de Michoud, pour nous rapprocher de Duguit et de Seydel (Grundzüze einer allgemeine Staatslehre 1873).

(91) Eléments de Droit Constitutionnel (2e édition) p. 157.

après avoir écarté la fiction du contrat social, demande : sur quelle idée peut-on et doit-on faire reposer la souveraineté nationale ? Il en signale deux, la seconde dépendant de la première ; la seconde c'est le développement des droits politiques. « La première est une idée de bon sens, presqu'évi-« dente, qui a longtemps suffi à l'esprit des hommes (92) : « c'est que la puissance publique et le gouvernement qui « l'exerce n'existent que dans l'intérêt de tous les membres « qui composent la nation. C'est un axiome qui est déjà « nettement exprimé par les théologiens du Moyen âge : on « le trouve en particulier dans le *De regimine principum*, « *attribué à St-Thomas d'Aquin. Regnum non est propter* « *regem, sed rex propter regnum.*»

C'est la même pensée que l'on exprime en reconnaissant à l'Etat un caractère représentatif, en voyant en lui l'incarnation de la nation, l'instrument de défense et de protection de ses intérêts généraux, l'organisme préposé à la recherche de ses besoins et à la réalisation de ce que réclament les exigences de l'ordre qui doit y règner.

C'est donc affirmer la souveraineté nationale, et reconnaître à la puissance publique le caractère de pouvoir de protection due à tous, que d'*affaiblir en quelque note le caractère individuel de droits exercés par les gouvernants* en les détachant de leurs personnes et en les considérant techniquement comme ayant pour sujet une abstraction, l'idée même d'autorité publique, d'Etat juridiquement individualisé.

192. Conclusion générale et transition. Les gouvernants (93), seuls titulaires véritables des droits de souveraineté et des droits civils(93 bis) spéciaux qui en sont l'accessoire, sont donc abstractivement considérés comme formant une individualité unique.

(92) Vérité que l'antiquité avait méconnue pourtant, et que le christianisme a mise en pleine lumière.

(93) Ce mot est pris ici dans un sens général, comprenant les titulaires de toutes les fonctions et de toutes les magistratures et même les titulaires des droits politiques.

(93 bis) Nous ne disons pas de propriété.

Ce n'est là qu'une notion conventionnelle, un concept technique, que la science du Droit croit utile d'admettre pour mettre en relief l'identité de l'Etat, sa capacité et son caractère collectif ou national.

L'analyse de ce concept proposée par M. Michoud peut en définitive être adoptée, sous réserve pourtant de ne pas faire de l'Etat le sujet d'un droit ordinaire de propriété et de ne pas méconnaître dans les gouvernants les vrais sujets des droits de souveraineté.

Nous n'admettons pas qu'on puisse faire à cette théorie le reproche de ne pas rendre compte du droit de commander exercé par les gouvernements : ce droit dérive de la nécessité providentielle imposée à la nation de subir une direction; ni le reproche de conduire trop facilement à l'affirmation de l'omnipotence de l'Etat, car elle n'influe en rien sur la détermination et l'étendue des droits du pouvoir ; elle n'est qu'une explication, qu'une interprétation de l'identité du pouvoir à travers la multiplicité de ses actes, de ses fonctions et de ses organes et la condamnation énergique de toute prétention de ses titulaires à se considérer comme privativement intéressés à la possession de l'autorité publique, alors qu'elle ne leur est donnée que pour la défense et le bien de tous ; ni le reproche non plus de retomber dans la confusion féodale entre la souveraineté et la propriété, car nous ne reconnaissons au souverain qu'un droit supérieur de régie sur les biens mis à sa disposition pour remplir sa tâche politique.

— Nous ne dirons donc pas avec *M. Vauthier* et les partisans du système de la fiction légale :

« Pour que la conception de la personnalité de l'Etat triomphât, il fallait que, d'une part le roi cessât d'être considéré comme ne faisant qu'un avec l'Etat ; d'autre part que les notions de souveraineté et de propriété fussent séparées. Ce double résultat fut atteint par les lois de la Révolution Française. »

Nous disons au contraire :

Dans les monarchies absolues, le prince peut continuer à dire : L'Etat c'est moi ; dans les pays libres, tous les citoyens investis des fonctions et des droits politiques peuvent dire : L'Etat c'est nous ! Ils sont titulaires personnels des droits de souveraineté. Et pour l'exercice de ces droits, ils disposent de moyens matériels, de ressources, de biens, dont la haute administration leur incombe, sans qu'ils en soient pour cela propriétaires individuels.

Il n'y a donc pas un domaine, dont la propriété attribuée d'abord au Roi, aurait passé ensuite à la nation, puis à l'Etat personnifié.

La souveraineté a pris un caractère national ; quand et comment ? « Le chef de l'Etat, pense M. Vauthier, cessa d'être titulaire personnel des droits de souveraineté et de l'Etat, le jour où *la nation* fut proclamée souveraine et propriétaire des domaines de la couronne. La substitution de la nation au roi est visible dans les lois et arrêtés de la Révolution Française. « M. Vauthier ajoute : *cette substitution* « *devait conduire à la conception de la personnalité juri-* « *dique de l'Etat.* Mais il fallait pour cela franchir une nou- » velle étape, passer par une autre succession de faits et « d'idées. L'erreur consistait à considérer la nation, en tant « que collectivité, comme personne sujet ou titulaire de la « souveraineté, des droits de puissance publique.

« Mais peu à peu l'Etat (sensu stricto) cessa d'être consi- « déré comme s'identifiant avec les citoyens : il est devenu « une idée, une fonction, une institution publique. Sous « l'Empire, le mot Etat est substitué dans les lois, notam- » ment dans le Code civil, au mot *nation.* La personnalité » morale de l'Etat est désormais affirmée et admise. »

Si l'on prend tout cela à la lettre, la souveraineté serait devenue nationale le jour où la nation fut proclamée souveraine ; elle serait depuis devenue souveraineté de l'Etat !

Il n'en est rien.

La Révolution Française n'a fait qu'affirmer le principe de la souveraineté nationale, elle ne l'a point appliqué. «Elle ne « le pouvait pas, écrit L. *Duguit* (94) ; ce célèbre principe « n'est qu'un leurre, une fiction, un moyen de gouverne- « ment, qui n'a pas plus de valeur réelle que le principe du « droit divin. La révolution a tout simplement substitué la « puissance matérielle d'une aristocratie bourgeoise au pou- « voir du roi ».

Selon nous, la souveraineté est un attribut de l'Etat, c'est-à-dire un caractère inhérent aux droits de l'autorité publique, et qui doit rejaillir sur son organisation et son exercice.

La souveraineté de l'Etat est devenue nationale, le jour où elle est devenue chrétienne, le jour où l'Etat a été considéré comme une institution établie pour le bien et la prospérité de tous.

La souveraineté se nationalise d'avantage, quand, cessant d'être le lot d'un homme, ou d'une minorité, elle se trouve répartie, grâce à d'heureux démembrements en pouvoirs et fonctions distinctes, à une pluralité, à la masse des citoyens, à la majorité des hommes faits, électeurs, élus, chef de l'Etat, magistrats, fonctionnaires, investis respectivement des droits distincts, en lesquels elle se décompose, sans perdre néanmoins son unité, ni sa permanence.

Cette longue étude de l'individualité de l'Etat arrive à une conclusion analogue à celle où nous sommes parvenus, quand nous avons considéré l'idée de l'Etat (*sensu stricto*) (page 216), quand nous avons déterminé le siége de l'Etat-pouvoir (page 238, et quand nous avons défini sa souveraineté et sa nationalité.

Cette conclusion nous met en présence d'un *organisme juridique, vaste et complexe, incarné dans une collectivité de citoyens formée d'un personnel nombreux et variable.*

Cet organisme est l'œuvre du temps, des circonstances il est le produit de l'histoire. Mais il est aussi l'œuvre des

(94) I, page 251.

lois, du Droit positif. Car l'Etat, en acquit de sa mission de faire régner, de conserver et d'améliorer l'ordre général (v. page 214) est compétent pour s'organiser luî-même, établir les autorités ou les organes qui feront les lois, rendront la justice, rempliront les fonctions exécutives et administratives, pour règler l'intervention des citoyens dans la vie publique et dans la vie de l'Etat. Tout cela forme l'ordre politique ; il comprend l'application pratique, c'est à dire l'introduction dans les institutions du pays des corollaires attachés aux attributs de l'Etat, des moyens de rendre effectifs son individualité, sa souveraineté et son caractère national.

Cet ordre politique trouve son expression dans le Droit constitutionnel.

Ce droit a pu généralement être codifié. C'est à la promulgation d'une constitution qu'ont abouti — presque partout — les réformes poursuivies et les progrès obtenus dans l'ordre politique.

L'étude des attributs de l'Etat nous amène ainsi à l'étude d'une nouvelle matière : *la théorie des Constitutions écrites* (p. 128).

CHAPITRE IV.

LA THÉORIE DES CONSTITUTIONS ÉCRITES (1)

SOMMAIRE. — § 1. Origines et avantages des constitutions écrites.
§ 2. Inviolabilité de la Constitution (art. 130).
§ 3. Contenu de la Constitution.

---

§ 1. Origines et avantages des constitutions écrites.

193. Origines et notion. Sous l'ancien régime, le *Droit constitutionnel* de nos provinces et des divers Etats d'Europe était presqu'exclusivement coutumier.

A peine contenait-il quelques documents écrits, tels : la *Joyeuse entrée de Brabant* et les *Paix du pays de Liége.*

Cet état de choses a pris fin presque partout...

Un fait domine et est venu couronner l'évolution politique des derniers siècles : la codification du Droit public en ses dispositions essentielles par la promulgation en chaque pays d'un document législatif extraordinaire, auquel on a donné le nom de *Constitution* (2), *Charte* ou Loi *fondamentale.*

(1) *A consulter : Benjamin Constant.* Cours de politique constitutionnelle, Bruxelles 1837. *Esmein.* Eléments de Droit Constitutionnel. *Boutmy,* Études de Droit constitutionnel. *Paul Janet.* Histoire de la science politique. *Orlando.* Principes de Droit public et constitutionnel. *Thonissen,* La Constitution Belge annotée. *Charles Bourgeaud.* De l'établissement et de la révision des Constitutions.

(2) Ce terme désigne parfois le régime d'un pays quelqu'il soit (Ex. : constitution de la Turquie), et plus souvent le régime d'un pays libre, fût-il même coutumier (La constitution anglaise). — En Italie, la constitution porte le nom de *Statut.*

La théorie des constitutions est l'œuvre des publicistes du XVIIIe siècle.

Ils prennent pour point d'appui de leur doctrine un triple ordre d'idées : la supériorité des lois écrites sur la coutume — la nécessité pour chaque peuple de renouveler de temps en temps le contrat social — enfin l'utilité de rédiger à l'usage des citoyens un texte susceptible de développer en eux la connaissance et l'amour de leurs droits, une sorte d'Evangile ou de catéchisme de Droit public.

Les premières constitutions furent celles des colonies anglaises de l'Amérique du Nord devenues indépendantes.

Elles furent suivies de la Constitution fédérale des Etats-Unis, rédigée en 1787, mise en vigueur en 1789.

La France inaugura le mouvement en Europe : la première constitution Française est la constitution monarchique de 1791, suivie de tant d'autres.

Aujourd'hui, tous les Etats Américains sont des républiques dotées de constitutions écrites.

En Europe, en dehors des pays d'absolutisme (Russie et Turquie), à part l'Angleterre et la Hongrie (3), tous les Etats ont renoncé au Droit public coutumier pour se placer sous le régime des constitutions écrites. Les colonies anglaises ont, pour la plupart, suivi le même exemple. L'Australie vient d'instaurer chez elle une constitution nouvelle, qui réunit en fédération les Etats de ce pays. Le Japon a une constitution, qui porte la date du 11 Février 1889.

Dans tous ces pays s'introduit ainsi une distinction, que l'Angleterre continue d'ignorer, entre la Constitution et les lois.

La Constitution a pour objet de régler d'une manière fixe et durable les points principaux de l'ordre politique.

Elle a le caractère d'une loi extraordinaire, fondamentale, supérieure aux lois communes.

Elle est la source et le titre de tous les pouvoirs consti-

(3) Et certains petits Etats, tels que les duchés de l'Allemagne.

tués. Elle diffère des lois par son *origine*, puisqu'elle émane du pouvoir constituant, seul compétent pour en abroger ou en modifier les dispositions ; et par *son autorité*, puisque, à la différence de lois que le pouvoir législatif fait et change à son gré, elle est inviolable *pour ce dernier pouvoir*, qui doit y conformer ses actes et ses décisions.

194. Supériorité de la loi écrite.

Esmein rappelle que la théorie des constitutions repose d'abord sur *l'excellence de la loi écrite comparée à la coutume.*

Cette supériorité du Droit écrit sur le droit consistant en usages n'est pas, même de nos jours, devenu un axiome universellement accepté.

Les adversaires de toute codification, Savigny et les tenants de l'Ecole historique, ont encore des héritiers de leur pensée.

Il y a des pays qui paraissent peu disposés à renoncer tout à fait à la forme coutumière de leur droit national.

La mise en vigueur d'un code civil en Allemagne date d'hier. La coutume, la *common law*, n'a pas cessé, en Angleterre ni aux Etats-Unis, de subsister comme source principale du Droit privé. — Elle demeure même en Angleterre l'élément fondamental du droit constitutionnel.

Mais cette préférence pour la coutume n'a pas prévalu chez nous ni en général dans l'Europe occidentale. Tant en France qu'en Belgique, la rédaction des coutumes, commencée il y a des siècles, a préludé aux tentatives de codification, qui ont fini par aboutir avec le Code civil. Rien d'étonnant donc dans l'adhésion rapidement donnée chez nous par les jurisconsultes à la *théorie des constitutions écrites*, dès que des circonstances favorables permirent à cette théorie de *s'imposer à l'attention publique.*

---

195. Doctrine du contrat social. En second lieu, la théorie des constitutions écrites se rattache historiquement à la fameuse doctrine du *Contrat social.* Il est de mode d'attribuer cette doctrine à la philosophie française, et d'en faire surtout honneur à J.Jacques Rousseau qui en fut seulement le vulgarisateur éloquent.

La doctrine du contrat social est vieille de plusieurs siècles. On la trouve au XVIIe SIÈCLE, chez la plupart des *philosophes* politiques, et notamment dans *Hobbes*, qui défend en Angleterre l'absolutisme des Stuarts, et dans *Locke*, dont l'Essai constitue, en même temps qu'un plaidoyer en faveur de la Révolution, un traité de science constitutionnelle.

L'on ne peut douter que Locke n'ait reçu la doctrine de ses maîtres protestants, des théologiens du puritanisme.

Divers auteurs se sont livrés sur ce point à des recherches fort instructives.

Un diplomate américain M. *Straus* a traité ce sujet dans un livre qu'il consacre aux origines de la forme républicaine aux Etats-Unis. Une traduction de ce livre a été publiée il y a dix ans en Belgique par Madame Couvreur : elle est précédée d'une préface d'Em. de Laveleye.

En 1893 un Français *Charles Bourgeaud* obtenait le prix Rossi pour un intéressant ouvrage traitant de l'établissement et de la révision des constitutions en Amérique et en Europe. Cet auteur y fait lui aussi l'histoire de la théorie des constitutions écrites. Il la rattache également par ses origines à la théologie puritaine, aux idées révolutionnaires et démocratiques répandues en Angleterre par le protestantisme indépendant.

Bourgeaud raconte que les révolutionnaires puritains avaient pour idéal religieux des communautés de fidèles émancipées de toute hiérarchie et constituées par un contrat ou *covenant* librement adopté par tous.

Cet idéal religieux, ils le transportèrent dans l'ordre politi-

que. Les soldats de Cromwell allèrent jusqu'à lui présenter un projet de constitution sous le nom de *Pacte populaire.* Cromwell reconnut bien que « dans tout gouvernement il « doit y avoir quelque chose de fondamental, quelque chose « comme une grande charte permanente et inaltérable. »

Il établit en 1653 son protectorat sur une constitution écrite, qui porte le nom d'*Instrument de gouvernement.* Mais cette constitution, élaborée par un conseil d'officiers, disparut à la restauration. L'Angleterre n'en eut jamais d'autre.

Fait remarquable ! les idées et les tendances puritaines traversèrent l'Océan et trouvèrent aux Etats-Unis un sol vierge pour prendre racine et se développer. Vers 1620, une colonie puritaine « *les Pères pèlerins* », à peine débarquée en Amérique, y rédigeait et y signait un véritable contrat, constitutif d'un nouvel Etat.

En 1639, un pacte semblable était conclu par les pionniers du Connecticut et devenait le statut fondamental de leur Etat.

En 1772, l'assemblée des citoyens de Boston signait un manifeste, dont j'extrais ces lignes : « Lorsque les hommes « entrent en société, c'est par consentement volontaire, et « ils ont le droit de réclamer l'établissement et de veiller à « l'exécution de conditions et de limitations préalables que « doit contenir un contrat primitif équitable ».

Dans les documents américains de l'époque, à tout instant l'on rencontre des formules que l'on croirait visiblement empruntées à *Jean Jacques Rousseau.* Les théories de ce dernier, d'ailleurs, avaient été répandues en Amérique par le livre de *Thomas Paine,* intitulé *Sens commun.*

Au surplus, ne peut-on pas dire qu'aux Etats-Unis, le contrat social a été non une simple hypothèse, non une thèse philosophique ou juridique, mais *une réalité, un fait?*

Vit-on jamais participation plus grande des libres volontés de tous aux émigrations, aux établissements coloniaux,

à la formation et à l'organisation des groupements politiques ?

Dans presque toutes les déclarations de droits mises en tête des Constitutions, la thèse du contrat social est énoncée.

Et quand surgit la nécessité de réunir les treize colonies en une fédération unitaire, pouvait-il être question d'autre chose que d'un contrat, d'une société à former, de statuts d'union à rédiger solennellement ?

La *doctrine du contrat social* a donc bien certainement contribué à faire prévaloir la théorie des constitutions écrites ; mais cette doctrine paraît bien abandonnée aujourd'hui par à peu près tous les publicistes.

Elle contient pourtant une part de vérité. Et cette part de vérité forme le fond d'une autre doctrine, qui s est développée parallèlement à la première, mais qui, nous l'avons vu, est demeurée, imprécise, incertaine. Nous voulons parler de la doctrine de la *souveraineté nationale.* Nous avons essayé d'en déterminer le sens et la portée. Elle signifie avant tout que c'est pour la nation, dans l'intérêt des citoyens qu'existe le pouvoir. Les citoyens ont le droit inaliénable et imprescriptible d'être gouvernés et bien gouvernés, et par conséquent celui de réclamer des moyens de défense contre le despotisme et des garanties de bon gouvernement. Ce droit implique celui de réclamer des réformes politiques, une organisation convenable de la puissance publique, une participation suffisante aux affaires, un large régime de libertés, la consécration et la mise en œuvre par le Droit positif des conséquences pratiques que comportent, eu égard aux temps et aux lieux, la souveraineté de l'Etat, son individualité, et surtout le caractère national dont il doit être pourvu. C'est dans une constitution que le principe de souveraineté nationale trouve sa suprême expression et son aboutissement naturel. C'est par une constitution que les peuples se procurent d'ordinaire les conditions d'un bon gouvernement, et d'un régime de sauvegarde efficace de l'ordre et des libertés publiques.

196. Influence sur l'esprit public. La troisième idée invoquée à l'appui de la théorie est celle de l'influence éducative des constitutions écrites.

« Les hommes du XVIIIᵉ siècle, dit *Esmein*, « *p. 392*, pensaient que les Constitutions solennellement rédigées, claires et systématiques, fourniraient un excellent moyen d'éducation politique, qui répandrait sûrement parmi les citoyens la connaissance et en même temps l'amour de leurs droits, et il est difficile de nier que sur ce point l'expérience et l'histoire leur aient donné raison. »

Cette pensée d'Esmein rappelle un peu les illusions de la Constituante et de la Convention nationale, à propos du chapitre des droits de l'homme placé en tête de leurs Constitutions.

La Constituante déclarait que « l'ignorance, l'oubli ou « le mépris des droits de l'homme sont les causes des mal- « heurs publics et de la corruption des gouvernements.... »

Elle s'imaginait qu'il *suffirait pour y remédier* « d'expo- « ser dans une déclaration solennelle, en présence et sous « les auspices de l'Etre suprême, les droits naturels et sacrés « de l'homme... droits antérieurs à toute société, inaliénables « et imprescriptibles, dont la conservation est le but de « l'Etat ».

La Constituante voulait que sa déclaration constamment présente à tous les membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs ; « afin que les actes « du pouvoir législatif et ceux du pouvoir exécutif pouvant « être à chaque instant comparés avec le but de toute ins- « titution politique, en soient plus respectés; afin que les « réclamations des citoyens, fondées désormais sur des « principes simples et incontestables, tournent toujours au « maintien de la Constitution et au bonheur de tous ».

La déclaration votée en 1793 par la Convention nationale exprime la même pensée en un langage plus déclamatoire encore. Le but qu'elle veut atteindre est « que le

« peuple ait toujours devant les yeux les bases de la liberté.» Logique jusqu'au bout, elle allait jusqu'à décréter que la déclaration des droits fût gravée sur des Tables dans les places publiques.

Certes, il n'est pas inutile que le Droit public d'une nation soit rédigé en formules limpides, facilement accessible à tous les esprits, compréhensible par la masse.

Nous ne nous opposons pas à ce que l'on rédige, comme le dit Paul Janet, une sorte de *syllabus laïc*, ou de catéchisme civique, résumant en principes nets, courts et lumineux les articles de foi d'une société politique.

— Nous croyons peu cependant à l'effet éducatif d'une constitution, si l'on entend par là le développement des connaissances juridiques populaires.

Nos citoyens connaissent-ils vraiment les textes et la signification des articles de notre Constitution?

En quoi donc consiste l'influence heureuse qu'une bonne Constitution peut exercer sur la nation.

En ceci, croyons-nous.

Dans les pays libres, la conscience publique est fréquemment troublée, par les agitations politiques, par les querelles et les passions de partis.

Les partis sont inévitables. Mais il ne convient pas que leurs luttes dégénèrent en guerres civiles, en mortels déchirements.

La vie des partis est suffisamment alimentée par les batailles auxquelles donne lieu la possession du pouvoir et par la diversité des opinions sur les lois à faire, les intérêts et les questions sociales à régler. N'est-il pas utile dès lors de les forcer à se rencontrer et à s'unir sur un terrain commun : les *principes constitutionnels ?*

Ces rencontres évitent à la nation des souffrances intestines ; elles remédient à la stérilité des luttes politiques ; elles cimentent le patriotisme, développent les sentiments de fraternité et de solidarité dans la vie nationale. Telle est la salutaire iufluence qu'il faut attendre d'une Constitution sur l'esprit public.

197. **Des garanties résultant d'une Constitution.**

Une Constitution promulguée est essentiellement un instrument de garantie politique, *une sauvegarde pour l'ordre et les libertés publiques.*

C'est là sa principale raison d'être.

Les peuples ont besoin d'ordre, de liberté, d'autonomie locale : il n'est pas de meilleur moyen de leur procurer *ces biens inestimables* que de *les doter d'une charte, d'une loi fondamentale qui les leur assure.*

L'ordre en effet n'est-il pas efficacement sauvegardé, quand une charte maintient la stabilité des institutions en les plaçant hors d'atteinte des partis, sous la protection d'une Loi fondamentale, à laquelle ils ne peuvent que fort difficilement toucher ?

N'est-il pas sauvegardé encore par l'unité morale, par les sentiments de fraternité et de patriotisme que produit au sein du peuple l'attachement de tous à des institutions communes, à des principes solennellement et universellement acceptés comme régulateurs de la vie nationale ?

La Liberté trouve à son tour dans une bonne Constitution sa suprême sauvegarde. Elle a besoin d'être garantie et défendue contre le despotisme.

C'est dans la Constitution qu'elle cherchera des armes défensives, des moyens de protection.

Une constitution est par elle même la négation de l'*absolutisme* du *pouvoir*, en même temps qu'une barrière contre la tyrannie.

Elle limite et contient les pouvoirs, elle les divise, elle leur trace des bornes, qu'elle leur interdit de franchir, elle définit leurs droits.

Elle dresse devant eux des foyers de résistance dont elle favorise la libre expansion ; elle les soumet au contrôle incessant de l'opinion PUBLIQUE ;

Elle dote celle-ci de moyens et d'organes par lesquelles elle peut librement et légalement se manifester.

De plus, l'établissement d'une constitution *permet d'y introduire* des dispositions d'un genre spécial (*immunités ou droits publics*), genre de garantie très efficace pour la protection des libertés, mais qui n'est possible, nous le verrons dans notre troisième partie, que là où une Constitution écrite peut être promulguée.

Enfin, l'**autonomie locale,** le *Zelf-government*, les libertés communales et provinciales doivent être, l'école de la liberté ; elles constituent le plus solide rempart contre le *despotisme*, le plus intense foyer de résistance contre la tyrannie.

Or, c'est dans une constitution écrite que les libertés locales ont leur plus ferme soutien. Elles ont à craindre les atteintes du pouvoir central, les violences d'en haut. Il s'agit de les y soustraire. Pour y parvenir, le Droit constitutionnel moderne fait sortir d'une commune origine et soumet à un même souverain, d'une part le pouvoir central, d'autre part les provinces et les communes.

Le gouvernement, la législation, les administrations locales *émanent désormais*, à titre égal, de la Constitution même.

Toutes ces autorités,les unes comme les autres,sont subordonnées à une autorité plus haute; leurs titres sont égaux. La législation et le gouvernement sont tenus de respecter les pouvoir locaux, dont l'existence est, comme la leur, un principe inviolable.

Dans le domaine de leur compétence constitutionnelle, les institutions locales peuvent traiter avec les institutions centrales, sur un pied d'égalité, de pouvoir à pouvoir.

On conçoit combien cette situation juridique donne de force et d'indépendance aux organismes locaux.

---

§ 2. — Inviolabilité de la Constitution (art. 130).

198. Au Congrès national. Les hommes politiques de 1830 s'étaient rendu compte de la nécessité, admise d'ailleurs universellement à leur époque, de promulguer par une constitution le Droit public fondamental à instaurer en Belgique.

A peine installé, le *Gouvernement provisoire* avait nommé une commission pour rédiger un Avant-projet.

Il s'empressa, d'autre part, de convoquer un Congrès national pour mener à bien cette grande œuvre.

Le Congrès, investi de la souveraine puissance, eût pu se dispenser de voter une Constitution.

Il eût pu copier le régime anglais, subsister comme Chambre unique, ou créer deux Chambres, se perpétuant d'après une loi électorale.

Il comprit les avantages d'une Loi fondamentale écrite et promulguée ; et il eut même soin d'insérer dans la Constitution, qui fut votée à l'unanimité, une disposition consacrant son inviolabilité. « La Constitution, porte l'art. 130, ne peut « être suspendue, ni en tout, ni en partie ».

La Constitution, en effet, diffère essentiellement des lois ordinaires : 1° par son origine. La constitution est l'œuvre de l'Etat représenté par le pouvoir constituant : les lois émanent de l'Etat représenté par le pouvoir législatif ; 2° par son autorité. La Constitution est la loi suprême, la loi des lois ; elle est la source de tout ce qui existe dans l'Etat, du pouvoir législatif lui-même. Elle est, pour ce pouvoir, comme pour les autres, inviolable : les lois ordinaires doivent être conformes à la Constitution. 3° au point de vue du mode d'abrogation ou de révision. A la différence des lois, la Constitution ne peut être abrogée ou révisée que par le pouvoir constituant, en conformité des règles qu'elle formule elle-même en son art. 131.

Pourtant, aucun des projets de Constitution ne contenait le texte de l'art. 130.

Cet article est issu d'un amendement proposé au Congrès par M. *Van Snick,* amendement ainsi rédigé : « Les pouvoirs « constitutionnels n'existent que par la Constitution; ils ne « peuvent, dans aucun cas, ni sous aucun prétexte, en sus- « pendre l'action ».

M. Van Snick, déclarait avoir emprunté sa proposition à Benjamin Constant. « Tous les pouvoirs qui se sont succédé « en France, ajoutait-il, ont tour à tour violé et suspendu « les constitutions, qui devaient régir immuablement ce « pays, et ce, en invoquant chaque fois la grande loi : *Salus « populi suprema lex esto.* Comme si le salut du peuple « n'était pas toujours attaché à l'inflexible exécution des lois « et surtout de la Loi fondamentale » ...... La proposition « n'a d'autre objet que de prévenir ces infractions ..., ces « coups d'Etat.

M. de Robaulx : Une constitution ne peut être violée que par un coup d'Etat ou une révolution. Toute disposition prohibitive me paraît illusoire.

M. le baron Beyts : On pourrait cependant suspendre la Constitution sous prétexte de l'améliorer, comme il est souvent arrivé. On pourrait dire : « La Constitution ne peut être suspendue sous aucun prétexte ».

M. Raikem, rapporteur, appuie l'amendement ......

M. Van Snick. Le but de la proposition est de prévenir ce qui est arrivé en France sous la république. On y a plus d'une fois suspendu la Constitution dans plusieurs départements désignés dans une loi.

M. Lebeau se prononce vivement pour l'adoption de l'amendement. « Il ne faut, dit-il, négliger aucune garantie, « et prévenir jusqu'à la possibilité, d'une violation. Si la « charte Française avait contenu un semblable article, « jamais les ministres de Charles X n'auraient pu trouver « un prétexte pour suspendre la charte. »

M. Jottrand demande qu'au lieu de : sous aucun prétexte on dise aucun motif ; il fait observer que si l'on veut violer la Constitution, on dira qu'il y a un motif, et pas de prétexte.

M. le Vicomte Vilain XIIII. En admettant l'amendement, on abolit l'article de je ne sais quel Code, qui permet la mise en état de siège des places fortes. M. le baron Beyts propose la rédaction, devenue l'art. 130.

199. Article 130. Ce texte n'a pas besoin de commentaire ; il ne comporte aucune restriction, ni exception : les termes en sont clairs et absolus. C'est la négation, sans aucune réserve, de la maxime Romaine : *Salus populi suprema lex esto.* La Constitution est intangible dans toutes ses dispositions et pour tout le pays. L'on ne pourrait en suspendre aucune disposition, fût-ce même dans une seule province ou dans une seule commune.

La Constitution est la source et le titre des pouvoirs constitués ; ils n'existent que par elle ; ils ne sauraient donc posséder le droit de l'enfreindre ni de la suspendre. « Un gouvernement constitutionnel cesse de droit d'exister aussitôt que la constitution n'existe plus, écrit Benjamin Constant, et une constitution n'existe plus « dès qu'elle est violée. Le « gouvernement qui la viole déchire son titre ; à dater de cet « instant même, il peut bien subsister par la force, mais il ne « subsiste plus par la Constitution ».

Cela est d'évidence, mais l'évidence, ajoute l'éminent auteur, n'est pas toujours une garantie. Et il s'élève avec force contre la prétention de certains gouvernements, qui, pour s'arroger le droit de toucher aux constitutions, invoquent le vrai et criminel prétexte de vouloir les sauver. « Ces gouver« nements s'écrient que les Constitutions, qui sont le boule« vard des Etats, ne doivent pas servir de refuge aux enne« mis de l'Etat ; qu'une constitution est une citadelle, et que « lorsqu'une citadelle est bloquée, la garnison peut en sortir « pour disperser les assiégeants qui la bloquent. »

Mais ce n'est pas la Constitution que l'on conserve ainsi ; « c'est le pouvoir de quelques hommes qui règnent au nom « d'une Constitution qu'ils ont anéantie ». Et leur gouvernement même n'est pas en sûreté, car « lorsqu'un gouverne- « ment n'a de ressource pour prolonger sa durée, que dans « les mesures illégales, ces mesures ne retardent sa perte que « peu d'instants,et le renversement qu'il voulait prévenir s'o- « père ensuite avec plus de malheurs et de honte.Si la chute « est inévitable.pourquoi joindre au malheur certain le crime « inutile ? Si le péril peut se conjurer, ce ne sera point par la « violence.... mais en adhérant plus scrupuleusement que « jamais aux lois établies,aux formes tutélaires,aux garanties « préservatrices »......

« Que reste-t-il après une Constitution violée ? La sécu- « rité, la confiance sont détruites. Les gouvernants ont le « sentiment de l'usurpation ; les gouvernés ont la convic- « tion qu'ils sont à la merci d'un pouvoir qui s'est affranchi « des lois. Toute protestation de respect pour la constitution « paraît dans les uns une dérision, tout appel à cette consti- « tution paraît, dans les autres, une hostilité... La digue est « rompue ; l'arbitraire est déchaîné. En admettant les inten- « tions les plus pures, tous les les efforts sont infructueux.

« ... Toute constitution violée est prouvée mauvaise ... « Lors même qu'on supposerait que cette constitution ait « été bonne, sa puissance est détruite sur l'esprit des peu- « ples ; elle a perdu tout ce qui la rendait respectable, tout « ce qui formait son culte».

200. Cas de force majeure. Il y a néanmoins des circonstances où *de fait* l'observation de telle ou telle prescription constitutionnelle est d'impossibilité absolue. « Il y a, dit Benjamin Constant lui même, « des moments de danger que toute la pru- « dence humaine a peine à conjurer ».

Il peut arriver qu'en pareil cas le gouvernement ne puisse se conformer à l'une ou l'autre règle établie. S'il agit néan-

moins, les principes restent saufs ; aucune suspension de la Constitution ou des lois n'est décrétée par lui ; il y a seulement un acte gouvernemental irrégulier, un abus de pouvoir isolé, juridiquement condamnable ; et jamais il ne sera permis d'affirmer de cet acte, qu'il est conforme au Droit par la Constitution.

Mais moralement et pratiquement, l'on s'est trouvé dans un cas de force majeure, dans une situation où il n'y avait pas « moyen de faire autrement que de sortir des bornes du « Droit », et ce que l'on a dû faire se trouve ensuite ratifié par l'approbation générale et spécialement par l'adhésion du Parlement, qui vote alors, pour couvrir le pouvoir, ce qu'on appelle un *bill d'indemnité.*

En 1831, l'armée Hollandaise marchait sur Bruxelles ; le Congrès national s'était séparé ; les nouvelles Chambres n'étaient pas réunies : notre jeune nationalité allait périr à la suite d'un inévitable désastre. Léopod I n'hésita pas à s'adresser à Louis Philippe et à solliciter le secours immédiat d'une armée Française. Il fallut, pour cela, violer l'art.120 de la Constitution exigeant une autorisation législative préalable pour permettre à une troupe étrangère de traverser notre territoire. Ce fut une mesure de salut national, « que l'opinion « publique fnt unanime à approuver », dit Thonissen. — On trouvera le très intéressant récit de ces premiers jours du règne de notre premier roi, dans le bel ouvrage que vient de publier M. *André Martinet*, sous ce titre : *Léopold Ier et l'intervention Française* en 1831 (Bruxelles - Schepens 1906).

201. Controverse à propos de l'état de siége. Un membre du Congrès national, le Vicomte Vilain XIIII, déclare qu'en admettant l'art. 130, on abolit « l'article de je ne sais « quel Code, qui permet la mise en état de « siége des places fortes ». Ce n'est là qu'une remarque, qui ne pourrait avoir de portée juridique, que si elle formait réellement un corollaire du texte. Elle ne peut faire loi, s'il est démontré que la mise en

état de siége n'implique pas une suspension de la Constitution. Il y a à ce sujet une controverse, qu'il conviendra d'examiner dans la suite de ce traité.

§ 3. — Contenu de la Constitution.

202. Points essentiels à régler. Quels que soient leurs noms, Chartes ou Lois fondamentales, les Constitutions appartiennent à la catégorie des lois dites politiques (Traduisez *πολις*, par Etat), c'est-à-dire des lois que l'Etat doit faire, en vertu de la mission qui lui incombe de réaliser l'ordre politique (v. page 214),à l'effet de s'organiser lui-même,de régler l'exercice de sa souveraineté avec la participation éventuelle des citoyens, et de définir le régime et les garanties des libertés.

Il lui appartient de rechercher et d'appliquer les meilleurs moyens que la Science politique recommande pour atteindre ces divers résultats, par exemple le démembrement de la puissance publique en plusieurs branches ou pouvoirs.Les lois concernant ces matières sont les lois politiques : leur importance vient de qu'elles sont faites pour procurer un meilleur fonctionnement de la souveraineté, pour que les autres lois soient mieux élaborées, la justice mieux rendue, les pouvoirs exécutif et administratif mieux exercés.

— Il y a surtout dans l'ordre politique certains points fondamentaux qui demandent à être réglés d'une manière *fixe* et *durable* (4): sinon, la société est dans le trouble, et l'Etat se trouve empêché de remplir efficacement et paisiblement les tâches qui lui incombent. Ces points doivent donc faire l'objet de lois d'une autre nature que les autres lois, plus stables que celles-ci et supérieures en autorité. La Science l'a reconnu: ce sont les points les plus importants de l'ordre politique qu'elle recommande de régler solennellement pár une constitution.

(4) Par exemple, le mode de confection des lois.

Mais les nécessités de l'ordre politique ne sauraient être les mêmes dans tous les pays ni à toutes les époques. Elles varient suivant les temps et les lieux. *Les Constitutions ne peuvent donc avoir le même contenu ;* elles ne renferment pas toutes les mêmes éléments. Les unes sont longues (Premières Constitutions Françaises. — Loi Fondamentale Hollandaise) ; les autres d'une brièveté excessive (Lois Constitutionnelles Françaises de 1875). La Constitution Belge est d'étendue moyenne, plutôt trop longue que trop courte. — Elle est complète, en ce sens qu'elle ne néglige aucun des points fondamentaux à régler.

Elle n'est point absolument parfaite sans doute. On ne lui reprochera pas cependant d'être trop idéale, ou trop théorique.

D'aucuns, qui voudraient tout régler par des textes immuables, la trouveront insuffisante.

Plusieurs, et nous partagerions plutôt leur avis, lui font grief de toucher à des matières, qui eussent pu être laissées dans le domaine législatif. Ne verrons-nous pas disparaître quelque jour les textes relatifs à la garde civique et aux tribunaux de Commerce ?

En définitive, la Constitution Belge répond à tous les besoins (4bis), elle pourvoit aux choses essentielles, à savoir:

1° l'établissement de la puissance publique, ce qui com-

(4bis) Notre Constitution a pend oixante quinze ans procuré au pays de précieux avantages.

Elle a fait oublier au peuple Belge les incertitudes et les inégalités de son ancien Droit coutumier.

Elle a restauré, sinon instauré chez nous le principe de souveraineté nationale, lequel a trouvé son plein épanouissement dans l'extension des libertés et dans le développement des droits politiques.

Elle a pourvu à la conservation et à la consolidation de notre esprit national au milieu des luttes des partis.

Elle n'a contrarié aucun progrès.

Elle ne fait obstacle à aucune réforme.

Elle nous a préservés du despotisme.

Elle demeure notre sauvegarde pour l'avenir, comme elle l'a été dans le passé.

prend la détermination de la forme de l'Etat, l'institution des grands pouvoirs et de leurs organes (y compris le corps électoral) et le décrètement des principales règles relatives à leur fonctionnement ;

2° la fixation du régime et des garanties fondamentales des libertés publiques ; enfin la définition des principes fondamentaux de la législation civile, pénale, administrative, fiscale et militaire.

Cette énumération indique dans ses grandes lignes l'ordre des questions que nous avons à traiter. Les deux derniers points (Des libertés, des garanties et des principes de législation)formeront l'objet de la troisième partie de ce traité.La deuxième sera tout entière consacrée à l'étude des pouvoirs, de leur organisation, de leur compétence et de leur fonctionnement.

CHAPITRE V.

LA THÉORIE DES POUVOIRS (5)

SOMMAIRE. — INTRODUCTION.

Introduction.

203. Division ou séparation. La Science Politique ne s'est pas contentée de rechercher et de définir la mission générale de l'Etat ; elle a tenté de se rendre compte des diverses fonctions constituant la souveraineté, *des principales modalités de son action.* Elle a rencontré partout et dans tous les temps l'Etat législateur, l'Etat juge, l'Etat gouvernement. Elle a considéré ces diverses fonctions tantôt dans leur unité

5 BIBLIOGRAPHIE.— *Bluntschli* Théorie générale de l'Etat (Traduction Française).
Palma. Corso di Diritto Costituzionale. Firenze 1884.
F. J. Stahl. Philosophie du Droit, 2° partie. La Science de l'Etat. 5me chapitre (En Allemand).
Fuzier Herman. La séparation des pouvoirs. Paris 1880.
A Saint Girons. Essai sur la séparation des pouvoirs. Paris 1881.
J. B. Leclercq. Procureur général à la Cour de Cassation. Un chapitre de Droit Constitutionnel 1852 et 1857. Deux études reproduites au mois d'octobre 1889 dans la Belgique Judiciaire.
Ed. Remy. (Substitut à Liége) B. J. 1881 et 1882. *De la Délimitation des pouvoirs judiciaire el administratif en Belgique.*
Jules Lejeune (ancien Ministre de la justice) 1857. *Du Droit des Tribunaux de vérifier la légalité des actes administratifs.*

tantôt dans leur diversité. Elle a cherché à les distinguer, à les définir, à régler leur organisation et leur fonctionnement. De là est née une Théorie fondamentale : celle de la *Division des pouvoirs.*

Nous disons *Division* des pouvoirs. Cette expression cependant n'est guère usitée.

Ordinairement on emploie les termes de *Montesquieu : Séparation des pouvoirs.* Ils ont le défaut de faire croire à l'isolement des pouvoirs, à la suppression de tout contact entre eux. Les expressions, *division, autonomie* ou *indépendance des pouvoirs* font mieux saisir le vrai sens de la théorie : il ne peut s'agir d'isoler les pouvoirs ; il ne suffit pas de les distinguer seulement, mais il convient de les diviser, d'en régler l'organisation et le fonctionnement de manière à assurer leur indépendance mutuelle.

204. Pouvoirs et formes de l'Etat. Il importe de ne pas confondre ce problème avec celui des *Formes politiques.* Cette confusion est fréquente. L'Antiquité n'avait pas distingué les deux questions.

C'est à Montesquieu que revient l'honneur, non seulement d'avoir mis en relief et popularisé le principe de la Division des pouvoirs, mais encore d'avoir dégagé cette théorie de celle des formes de l'Etat. M. Paul Janet, dans son Histoire de la Science politique

Le Fédéraliste, réédition Française par G. Jèze - 1902.
Esmein. Eléments de Droit Constitutionnel, 2e édition 1899.
De Vareilles Sommières. Principes fondamentaux du Droit I, 1889.
Orlando. Principes de Droit public et constitutionnel. Traduction Française, Paris 1902.
De Francqueville. V. les Annales de l'Institut. Octobre 1891. Etude sur la séparation des pouvoirs.
H. Pascaud. L'Unité de juridiction. V. les Annales de l'Institut. Septembre-Octobre 1891.
Artur. Série d'articles publiés dans la *Revue du Droit public* commencés en 1900.
Paul Janet. Histoire de la science politique, 2 vol. 1887.
Van der Rest. Platon et Aristote.
Henri Francotte. Les formes mixtes de gouvernement d'après Aristote.

(tome II p. 376) remarque que « Montesquieu a fondu ensemble les deux théories avec beaucoup d'habileté ». Montesquieu, en effet, traite d'abord des formes de gouvernement.

L'Idéal pour lui réside dans ce qu'il appelle le *gouvernement modéré,* et il entend par là une *monarchie contenue par des institutions aristocratiques et* une représentation populaire.

« La liberté politique, dit-il, ne se trouve que dans les gou-
« vernements modérés ». *Il ajoute :* « mais elle n'est pas
« toujours dans les Etats modérés : *elle n'y est que lorsqu'on*
« *n'abuse pas du pouvoir ;* mais c'est une expérience éter-
« nelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en
« abuser ; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites. Qui le
« dirait ! la vertu même (Montesquieu entend par là l'*amour*
« *de la patrie et de la légalité*) a besoin de limites. Pour qu'on
« ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la *disposition*
« *des choses, le pouvoir arrête le pouvoir* ». C'est à la suite de ce passage que vient dans *l'Esprit des lois* le fameux chapitre sur la Constitution d'Angleterre (Livre XI ch. VI), où Montesquieu formule le principe de la séparation des pouvoirs.

Au chapitre IX, il déclare encore que « les anciens ne connaissaient pas la distribution des 3 pouvoirs dans le gouvernement d'un seul ». C'est une nouvelle allusion à la distinction qui s'impose entre les deux problèmes (6).

Le problème de la Division des pouvoirs peut se poser, en effet, sous toutes les formes de gouvernement, dans les Monarchies, dans les aristocraties, comme dans les démocraties ; il concerne l'*organisation des fonctions de l'Etat,* et leur distinction implique deux questions : quelles sont les fonctions comprises dans la notion de Souveraineté ? Comment seront-elles exercées ?

(6) *Kant* établit pourtant entre eux des rapports étroits ; il distingue les formes de l'Etat d'après le mode de distribution des trois pouvoirs Pour lui l'Etat républicain est celui, où le pouvoir législatif est séparé de l'exécutif. V. P. Janet. Histoire de la science politique, II. p. 613.

Les pouvoirs ne sont rien d'autre, en effet, que les grands démembrements de la puissance publique, les fonctions distinctes et principales en lesquelles se divise la souveraineté, et confiées dans les Etats modernes à des organes plus ou moins autonomes.

Si l'on considère l'Etat comme la souveraineté organisée, vivante et agissante, *incarnée dans certains organes qui en exercent les fonctions*, on peut comparer les pouvoirs aux facultés de l'âme, aux pouvoirs distincts, irréductibles entre eux, qui caractérisent la personne humaine.

205. Canevas de cette étude. Le principe de la division des pouvoirs est devenu l'un des dogmes fondamentaux de la Science Politique.

La déclaration des droits de l'homme et du citoyen, formant le préambule de la Constitution Française de 1791, affirme que « toute « société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, « ni la séparation des pouvoirs DÉTERMINÉE (?) n'a point de « Constitution ».

Il convient donc de nous arrêter à l'étude de ce principe, d'en rappeler les origines, d'en rechercher le sens et la portée, d'indiquer les tempéraments qu'il comporte, et d'en exposer les raisons justificatives. — La Division des pouvoirs implique en outre leur exacte distinction, la détermination précise du rôle attribué à chacun d'eux. Cette quatrième question n'est rien d'autre que celle de la Compétence ABSOLUE des pouvoirs.

De là, les quatre paragraphes qui vont suivre.

Un cinquième paragraphe aura pour objet d'exposer et d'expliquer la distinction capitale que la science politique moderne établit aujourd'hui entre le *Pouvoir constituant* et *les pouvoirs constitués.*

§ 1. — Historique de la division des pouvoirs.

206. Institutions et doctrines. Les origines du principe de division des pouvoirs doivent être recherchées successivement dans les institutions politiques et dans les auteurs, dans l'histoire du droit et dans celle des doctrines.

De l'ancienne confusion des pouvoirs dans les institutions publiques.

207. Droit public grec. Le Principe de la Division des pouvoirs consiste à confier à des mains différentes le pouvoir de faire la loi, le pouvoir de la faire exécuter,et le pouvoir de décider dans les cas douteux, s'il y a lieu de l'appliquer. Contentons nous, pour le moment, de cette notion vulgaire, *bien qu'elle soit très inexacte.*

Ce principe, dit-on, a été forcément pratiqué de tout temps avec plus ou moins de minutie (7). Cette assertion mérite d'être vérifiée.

Le droit public grec (8) est intéressant à étudier en ce qui concerne la succession et le développement des formes de gouvernement. Mais sous toutes les formes les pouvoirs sont confondus,les divers organes de la Souveraineté exercent des fonctions complexes d'ordre législatif, administratif et judiciaire. La Royauté primitive concentre en ses mains tous les pouvoirs. Elle ne tarde pas à devenir *élective* puis *annuelle* et à faire place au gouvernement des nobles d'abord (aristocratie) puis des riches (Ploutocratie ou Timocratie). Le Roi ne garde plus que des attributions religieuses et prend le

(7) Cte de Vareille Sommières. Les principes fondamentaux du Droit 1889. I. p. 225 s. *Palma* 1 p. 179.

(8) G. Perot. Droit public d'Athènes.— Roersch, Recteur à l'Université de Liège, Discours inaugural prononcé le 13 octobre 1891.

nom d'*αρχων βασιλευς*. L'on place à côté de lui un commandant militaire, sous le nom d'archonte polémarque, puis l'archonte éponyme chargé de l'administration civile, enfin six archontes autres appelés thesmothètes. Ceux-ci jugeaient les procès d'après *des règles établies par eux-mêmes*. On voit donc confondues en leurs mains les fonctions législatives et judiciaires. Les neuf archontes sont choisis par *l'Aréopage*, Conseil des nobles, et, depuis Dracon, Conseil des riches.

Solon établit l'assemblée du peuple (*Εκκλησία*) et le Conseil des 400, plus tard des 500. (*Βουλη των πεντακοσιων*). L'aéropage et l'archontat continuent de subsister.

L'aréopage constitne essentiellement un corps judiciaire, mais il exerce des fonctions d'ordre administratif et même législatif, puisqu'il est investi de la surveillance générale des mœurs et du soin de maintenir la Constitution.

Les archontes cumulent des fonctions juciciaires, exécutives et administratives. — La *Boulé* discutait préalablement les projets de lois, jugeait certains procès et ses commissions appelées Prytanies étaient chargées à tour de rôle d'administrer l'Etat.

Enfin, l'*Εκκλησια* exerce le pouvoir législatif, applique l'ostracisme et est même investie de *certaines fonctions judiciaires*.

Il est donc impossible de reconnaître dans les institutions athéniennes l'application du principe de Division des pouvoirs. La confusion est plus complète encore dans les institutions de Sparte. Les *éphores* cumulaient le gouvernement de l'Etat avec la juridiction civile et des pouvoirs très étendus vis à vis du Sénat. Le Sénat *γεροντες* élaborait les projets de loi soumis au vote populaire et jugeait les procès criminels.

---

208. Droit public Romain. *Le Droit public Romain* (9) distribue la Souveraineté entre des autorités ou des magistratures multiples qui se servent mutuellement de contrepoids. On a dit (10) que la pondération des pouvoirs avait été le principal ressort de la Constitution Romaine. Mais nulle part l'on ne voit à Rome la Souveraineté répartie en législative, exécutive et judiciaire. Sous la Royauté, sous la République, sous l'Empire, les trois pouvoirs furent confondus. Le pouvoir royal, partagé sous la République entre les deux consuls, puis démembré par la création de diverses magistratures, s'étendait au commandement militaire, à la direction des affaires étrangères, au gouvernement de l'État, au jugement d'un grand nombre de litiges, à l'initiative et à l'exécution des lois. On voit cependant une sorte d'acheminement vers l'idée d'instituer le pouvoir judiciaire d'une manière indépendante et séparée dans l'institution de la préture. En 367 avant J.C., en effet, le consulat fut déchargé de la juridiction civile et cette fonction fut conférée à cette magistrature nouvelle.

Mais les préteurs ne furent pas seulement des magistrats judiciaires. En effet, chacun d'eux, à son entrée en fonctions, publiait un édit dans lequel il déterminait les règles qu'il suivrait dans l'exercice de sa juridiction annuelle. Les préteurs exerçaient donc, en matière de Droit civil, une sorte de pouvoir législatif.

De plus, à certains égards, on peut les considérer comme les suppléants et les auxiliaires des consuls. En cette qualité, ils possèdent des fonctions administratives telles que la *custodia urbis*. Ils ont comme les consuls le *jus agendi cum populo in comitiis tributis et le jus cum patribus agendi* (11). Les mêmes droits sont reconnus aux CENSEURS.

Ces magistrats ont un caractère essentiellement adminis-

(9) Willems. Droit public Romain. — Serrigny. Droit public Romain.

(10) V. Fuzier Herman, page 57.

(11) Willems, ouvrage cité, page 270.

tratif. Ils sont chargés de procéder aux opérations périodiques du recensement et de la mission de surveiller la conduite morale des citoyens (12). Ils ont le droit de réprimer tout acte contraire au *mos majorum* impliquant la privation de certains droits politiques. Au dernier point de vue, leur fonction est incontestablement d'ordre judiciaire. De plus les censeurs procèdent à des adjudications publiques. Ici encore le Droit Romain confond l'administration et la justice, car il attribue aux censeurs le jugement des contestations auxquelles ces adjudications donnent lieu.

Le *veto des tribuns* s'applique à tous les actes des autorités publiques, actes administratifs, actes judiciaires, actes législatifs (13) Pour faire valoir cette prérogative du veto, les tribuns disposent en toutes matières, non seulement du jus agendi cum *patribus* et cum *plebe*, mais encore de certains droits de coercition, le droit d'arrestation (*jus prensionis*) et le droit d'infliger certaines amendes, *jus multæ dictionis.*

La police municipale est confiée aux édiles, Ces magistrats sont investis du *jus multæ dictionis*, ils ont le droit de provoquer des poursuites devant les Comitia tributa ou devant les Concilia plebis. Les édiles curules jugent les *procès de commerce* et les procès civils pour *damnum injuria datum.* Comme les préteurs, ils publient à leur entrée en charge un édit, *edictum ædilicium.*

L'on ne peut citer que les questeurs, dont le rôle soit purement administratif. Ils sont chargés de la garde du trésor public et des archives. Encore, eurent-ils originairement et durant de longs siècles, une mission judiciaire, celle de poursuivre les parricides.

Outre leurs attributions électorales, les *comices Centuriates* votent originairement toutes les lois, et plus tard certaines lois particulières seulement. Ils exercent en outre la juri-

(12) Ibidem, page 282.
(13) Willems. p. 288 et s.

diction criminelle, en appel d'abord, en 1re instance depuis la loi des XII Tables. Mais dans les derniers temps de la République, les comices délèguent pour juger les procès criminels des tribunaux extraordinaires, les QUÆSTIONES PERPETUÆ (14). L'introduction successive des quæstiones était un acheminement vers l'institution d'un pouvoir judiciaire indépendant.

Les *Concilia plebis*, assemblées plébeiennes, nomment les tribuns et les édiles de la plèbe, votent les plébiscites qui finissent par acquérir force de lois, et jugent les procès criminels intentés par les magistrats plébeiens pour délits entraînant des amendes.

Les *comitia tributa*, nomment les questeurs et les édiles curules, votent à peu près toutes les lois et jugent les procès criminels intentés par les magistrats praticiens pour délits n'entraînant qu'une peine d'amende.

Le *Sénat* donne son approbation (subséquente d'abord, préalable ensuite, *patrum auctoritas*) aux propositions votées aux Comices. Il exerce encore de nombreuses attributions en ce qui concerne l'ordre public, le culte, les finances, l'administration en général et spécialement les affaires étrangères. *Sous la République, il juge certaines affaires criminelles.* Sous l'Empire,il devient le corps législatif par excellence, possède la juridiction criminelle et, en degré d'appel, la juridiction civile.

Sans entrer dans les détails,qu'il nous suffise de dire que, *sous l'empire*, la confusion des trois pouvoirs ne fait que s'accentuer. L'empereur concentrait dans ses mains toutes les fonctions de la Souveraineté,et était maître absolu de l'administration, de l'armée, de la diplomatie, du culte. Sa volonté seule faisait la loi et toute juridiction lui appartenait.

Saint-Girons termine ainsi l'étude qu'il consacre au Droit Romain dans son *Essai sur la séparation des pouvoirs* (15):

(14) Willems. Le Droit public Romain, page 180.
(15) page 24.

« La séparation des pouvoirs et surtout l'indépondance de » l'autorité judiciaire ont été absolument inconnues. On ne » comprenait guère alors qu'un homme investi d'un pouvoir » quelconque de la puissance publique n'eût pas le droit de » rendre un jugement et de publier un édit ».

209. Explication du Droit antique. La *Science politique doit se demander pourquoi* la Division des pouvoirs n'a pu être connue dans l'antiquité,pourquoi cette théorie si simple, si élémentaire en soi n'a pas même été soupçonnée par les anciens ?

Ce fait peut s'expliquer par les considérations suivantes.

L'antiquité n'a pas eu la notion des droits individuels ; et dès lors n'a jamais pu comprendre le rôle de l'Etat ; elle a confondu le but de l'Etat avec celui de la société, considéré les progrès de cette abstraction,de cette idole,que l'on appelle l'Etat, comme constituant la félicité universelle. Les individus sont sacrifiés ; l'Etat antique réunit en lui tous les pouvoirs; sa Souveraineté ne supporte aucune limitation,son omnipotence est absolue. Cette notion domine la civilisation antique. L'essence du pouvoir social pour les anciens, c'est la Toute Puissance. Toute autre notion du pouvoir public leur échappe. Leur esprit ne conçoit pas la détermination, l'analyse, la division des Fonctions de l'Etat. Durant toute l'antiquité,ce problème n'a pas été soulevé.A peine peut-on citer quelques lignes d'*Aristote*, ayant vaguement rapport à la question.

D'autre part, cette Souveraineté, confondue avec la toute puissance, n'appartient qu'à un petit nombre de citoyens. L'immense majorité des individus, le peuple, dirions-nous aujourd'hui,est exclu de l'Etat,et réduit à l'esclavage.Au dessus du peuple, faisant peser sur lui le joug de la servitude, une étroite aristocratie, orgueilleuse de ses droits, se disputant l'exercice de cette *Souveraineté absolue*, sous laquelle la

Société est accablée. Nul d'entre les citoyens, ne songe à amoindrir le rôle de l'État, mais *l'exercice de la Souveraineté*, la distribution des droits qu'elle comporte et de la puissance qu'elle confère, fait l'objet de luttes incessantes entre les citoyens. Toute l'histoire politique de l'antiquité tourne autour de ce problème : distribution de la Souveraineté, *problème des formes* de *gouvernement*, et *participation de tous aux affaires publiques.* L'exiguité des États, des cités, rendait d'ailleurs possible l'exercice direct du pouvoir, par les citoyens.

Notons aussi que la théorie de la Division des pouvoirs est *plus abstraite, plus délicate que celle des formes de gouvernement.* Le problème des formes de gouvernement surgit nécessairement et de lui même. A l'origine, on voit le pouvoir exercé par un seul (Monarchie). Les abus de ce pouvoir froissent certains intérêts, soulèvent certaines oppositions. Les citoyens dont les intérêts sont lésés se révoltent contre la Souveraineté d'un seul et les plus forts se distribuent entre eux l'exercice du pouvoir.

Plus tard, les autres citoyens s'insurgent également contre les abus de l'aristocratie, la forcent à leur concéder une part dans l'exercice des fonctions souveraines. Le régime démocratique prend naissance. Cette évolution est naturelle et s'est accomplie à différentes reprises dans l'antiquité.

Mais la notion des pouvoirs, de leur distinction et de leur indépendance est plus abstraite. Elle exige un examen réfléchi, un travail d'analyse plus délicat. Elle suppose des études juridiques. On conçoit que ce second problème ne se soit posé qu'après l'autre.

L'histoire démontre que toujours *les notions concrètes* devancent les principes abstraits.

L'esprit humain va des réalités aux théories, du complexe *au simple.*

---

210. Moyen âge et ancien régime. *La Division des pouvoirs*, n'existe pas davantage au Moyen âge ; leur confusion est complète dans les institutions Mérovingiennes et Carlovingiennes, comme dans l'organisation féodale, caractérisée par l'émiettement de la Souveraineté. Celle-ci est divisée entre les détenteurs terriens, et ses fonctions, législative, administrative, judiciaire, deviennent des attributs de la propriété. Le Roi n'est que le suzerain suprême. Il est à la fois législateur, administrateur et juge. A partir de Philippe le Bel surtout, le pouvoir royal fortifié par les théories néo-Césaristes s'achemine vers l'*Absolutisme*. Ce n'est pas sous ce régime qu'il faut chercher le développement des garanties politiques, et la division des pouvoirs en est une.

Cependant l'institution des parlements indique que l'on comprend la nécessité d'assurer l'impartialité et l'indépendance des juges. Mais les parlements usurpent encore le pouvoir législatif en édictant des *Arrêts de Règlements*, et en s'arrogeant le droit d'enregistrer les ordonnances royales. « Les Parlements, dit H. Pascaud (16), étaient de véritables corps politiques : ils s'arrogeaient le droit d'enregistrer avant toute exécution les ordonnances royales ayant le caractère législatif ou administratif, annulaient les actes des agents de l'administration et au besoin ajournaient ces derniers à comparaître devant eux à raison de leurs fonctions ; ils rendaient des arrêts de règlements portant injonction aux administrations de s'abstenir de certains actes déterminés ou de suivre les règles tracées par les autorités judiciaires ; c'étaient là des empiètements intolérables».

Dans les Pays Bas, (17) la situation est la même qu'en France. Le Prince, sous certaines restrictions constitutionnelles, exerce le pouvoir législatif, intervient dans le fonc-

(16) Annales de l'Institut. Septembre-Octobre 1891.

(17) Poullet. Les Constitutions nationales de la Belgique.— Histoire politique interne de la Belgique.

tionement du pouvoir judiciaire, et dans l'administration du pays.

Les conseils de justice, établis dans les diverses provinces, constituent des organes importants du Souverain. Tous exercent d'importantes fonctions judiciaires et des attributions politiques et administratives. Tous avaient, depuis l'édit du 4 octobre 1540, le droit de réformer *d'office* les irrégularités qu'ils rencontraient dans les règlements locaux relatifs à l'administration des biens communaux, à la voirie et à la police ; ils pouvaient faire des règlements d'administration pour certaines localités, et avaient charge de transmettre les ordres du gouvernement.

Les Echevinages,soit urbains,soit ruraux,cumulaient,dans les Pays Bas,des attributions administratives et des fonctions judiciaires. Ils géraient les intérêts locaux, administraient les biens, la voirie. la police, possédaient le pouvoir réglementaire,et *d'autre part rendaient la justice civile et criminelle.*

Cependant, dans la Principauté de Liège, chose remarquable, domine le principe de la séparation de la justice et de l'administration. Ce principe, réalisé à Liège même dès le XIIIme siècle, est introduit successivement tant dans les bonnes villes que dans le plat pays. Tandis que dans les Pays Bas, l'administration et la police appartiennent aux *échevins,* qui rendent la justice civile et criminelle ; dans la principauté les échevins sont exclusivement chargés des fonctions judiciaires, et l'administration appartient au *magistrat* local,composé de *bourgmestres* ou de *régents,* assistés d'assesseurs dans les campagnes et de conseillers dans les villes.

211. Premières applications du principe.

La Constituante, par la loi des 16-24 Août 1790 (Titre II-Art. 13), déclare « Les fonctions « judiciaires sont distinctes et demeureront « toujours séparées des fonctions administra- « tives ».

Elle ne s'est guère inspirée pourtant de l'Esprit des lois. Aucun livre ne fut en France plus impopulaire en 1789 que le chef d'œuvre de Montesquieu. Rousseau passionnait alors tous les esprits. Mais déjà en 1789 la division des pouvoirs était généralement admise comme l'un des dogmes de la science politique.

Les théoriciens anglais y avaient adhéré. Les premières constitutions Américaines avaient sanctionné le principe, qui pénétra également dans la constitution fédérale des Etats-Unis ; et c'est dans celle-ci principalement que la Constituante française le trouva. Elle le formula dans un des articles de la déclaration des Droits de l'homme et l'organisa plus ou moins par la Constitution de 1791, d'où le principe a passé dans la plupart *des constitutions modernes.*

Origines doctrinales du principe de division.

212. Doctrine antique. Aristote.

Barthélemy St-Hilaire, dans l'introduction qu'il met en tête de sa traduction de la *Politique* (18) prétend que la *théorie des 3 pouvoirs* appartient toute entière à Aristote.

Aristote, dit-il, distingue dans la puissance publique trois **modes** *suivants lesquels* elle s'exerce ; pouvoir législatif, pouvoir exécutif et pouvoir judiciaire.

Il traite séparément de chacun d'eux, *comme pour indiquer* (?) combien il est nécessaire au bon ordre que ces pouvoirs soient distincts et ne soient jamais remis aux mêmes mains. Suivant lui, il n'est pas une question dont le légis-

(18) édition de 1848, page 74.

lateur doive s'occuper avec plus de soins que de celle là ».

Nous ne partageons pas cette opinion de M. Barthélemy St Hilaire.

La théorie des pouvoirs consiste à analyser l'idée de Souveraineté, à la décomposer en déterminant les diverses fonctions qu'elle implique et à démontrer l'utilité qu'il y a de confier à des mains différentes l'exercice de ces diverses fonctions. Cette théorie se trouve-t-elle dans Aristote ? Nous n'hésitons pas à répondre négativement (19).

Aristote critique d'abord la théorie des classes, imaginée par Platon, et insiste vivement sur la nécessité d'admettre une classe d'individus qui rendent la justice, une classe de ceux qui décident des intérêts généraux, puis celle des citoyens qui se consacrent aux magistratures. Mais il ajoute que « *ces fonctions peuvent être* CUMULÉES ; il n'y a que la » *pauvreté* et la *richesse* qui ne puissent être réunies dans » les mêmes mains ».

Après avoir parlé des diverses formes de gouvernement, il distingue trois choses dont dépendent la bonne organisation et la diversité des États: l'assemblée générale délibérant sur les affaires publiques (*το βουλευομενον περι των κοινων*) ; les magistratures : *το περι τας αρχας* ; enfin le corps judiciaire : *το δικαζον.*

Aristote parle d'abord de l'assemblée délibérante, qui est le véritable souverain de l'Etat : Il lui assigne pour fonctions : la paix, la guerre et les traités, la confection des lois, le contrôle des magistratures, enfin les condamnations les plus graves.

Aristote parle ensuite du corps des magistrats. Il admet que « *chaque emploi est mieux rempli, quand la sollicitude* du magistrat est limitée à un seul objet, au lieu de s'étendre

(19) *Palma* 1, p.179.— *Bluntschli* I p. 457.— *Vander Rest.* Les commencements de la science politique (thèse) p. 481 — *Henri Francotte* ; Les formes mixtes de gouvernement d'après Aristote (mémoire présenté au Congrès international des catholiques. Bruxelles 1895).

à une foule d'objets divers. Mais, dans les petits Etats, on doit bien réunir dans les mêmes mains de multiples fonctions. Nulle part il n'est question, dans ce chapitre, de la division des *pouvoirs*, mais seulement des attributions des magistrats et de leur répartition entre plusieurs. Cette répartition doit-elle se régler sur les choses ou sur les personnes? Faut-il établir un fonctionnaire pour la surveillance des enfants, des femmes ? Faut-il établir un fonctionnaire pour la police urbaine tout entière ? Faut-il établir un magistrat pour la surveillance du marché public? *Aristote termine ainsi :* « Les attributions » des magistratures peuvent être fort diverses ; depuis le » commandement des armées jusqu'à la *juridiction des con-* » *trats passés sur le marché public* ». Nouvelle allusion au mélange des fonctions administratives et des fonctions judiciaires.

En troisième lieu, Aristote parle des tribunaux. Il insiste sur l'utilité d'instituer des tribunaux spéciaux pour chaque spécialité d'affaires, mais il ne dit mot de la distinction entre la justice et les AUTRES POUVOIRS.

Les tribunaux, dont Aristote s'occupe, sont chargés d'attributions déterminées, en dehors desquelles demeurent une foule de procès, dont Aristote ne parle pas en ce chapitre, et qui, dès lors, relèvent des corps délibérants et des fonctionnaires.

Il est donc hors de doute qu'Aristote n'a pas connu le principe de division des pouvoirs, et que Montesquieu a pu dire, avec infiniment de raison, dans le chapitre qu'il intitule, « Manière de penser d'Aristote » : « *Les anciens* ne con- » naissaient pas la distribution des trois pouvoirs dans le » gouvernement d'un seul ».

C'est à Montesquieu que revient le mérite d'avoir enseigné qu'à la distinction objective des fonctions de l'Etat devait correspondre une division subjective des *organes* exerçant ces fonctions (20).

(20) *Bluntschli*, I p. 457.

Aristote n'a pas même saisi la *simple distinction des pouvoirs.* Son assemblée délibérante ne correspond nullement à nos parlements législatifs ; elle exerce des fonctions complexes, elle vote les lois, mais elle juge aussi les procès criminels et décide les plus graves questions, même celles qui, dans le Droit moderne, relèvent du gouvernement.

Il ne parle pas du pouvoir exécutif ; il se borne à traiter des magistratures ou des fonctions publiques, de leur nombre, de leur répartition, de leur organisation. Loin de distinguer les fonctions administratives des fonctions judiciaires, il enseigne que les attributions des fonctions peuvent être fort variées, et peuvent s'étendre au jugement de certaines affaires. Rien n'est dit à propos de la mission du pouvoir judiciaire ; il n'est fait allusion qu'à l'organisation des tribunaux. Bref, tout se réduit, dans la *Politique d'Aristote,* à un simple exposé de faits. Décrivant les Etats et les comparant, Aristote se contente de dire qu'il y a trois *choses à considérer dans chacun : l'assemblée délibérante, les magistratures et les tribunaux.* Comme le dit fort bien Palma, Aristote ne connaît pas la distinction des fonctions de l'Etat; il aperçoit seulement qu'il y a dans l'Etat divers *organes.* Encore ne recherche-t-il pas les causes, les raisons de cette *diversité.*

Il n'y a dans la Politique qu'une distinction vague entre les divers éléments à considérer dans chaque pays pour se faire une idée de sa constitution propre : l'assemblée des citoyens, — les fonctions publiques, — la justice.

« Chez Aristote comme chez tous les écrivains antérieurs » à Montesquieu, dit *St-Girons* (22), la distinction des trois pouvoirs se combine avec le maintien de leur confusion».

(21) I. p. 179.
(22) **Essai sur la séparation des pouvoirs**, p. 17.

213.
XVIme siècle
Bodin

Après ARISTOTE, nous devons franchir vingt siècles, pour rencontrer dans la science politique un publiciste qui s'occupe de la Division des pouvoirs.

Ce publiciste est *Bodin*. Il est contemporain de Henri IV. Il publie en 1576 son *Traité des livres sur la République*, ouvrage remarquable, qui ne tarde pas à être traduit dans toutes les langues (23). Ce traité ne s'occupe pas du Régime républicain, comme pourrait le faire croire son titre. Le mot République est pris par Bodin dans le sens du mot latin *Respublica*, qui signifie simplement l'Etat. Le livre de Bodin est consacré à la défense du principe monarchique. Bodin veut que l'autorité suprême soit confiée à un prince héréditaire, à un Roi. Il cherche des garanties contre l'arbitraire du monarque, et parmi ces garanties il signale l'indépendance des juges.

Mais il s'arrête là. Lui et son école s'attachent à montrer l'indivisibilité de la souveraineté, qu'ils dotent de cinq ou six attributs, et font rentrer dans le pouvoir législatif, comprenant tout les autres.

Il y a lieu toutefois de noter les considérations énergiques, que *Bodin* énonce en faveur de l'autonomie du pouvoir judiciaire. *Bluntschli* les résume ainsi : « Le prince doit » renoncer à rendre la justice en personne, et en laisser le » soin à des juges indépendants. La vue du roi rendant la » justice exerce une saine influence, mais des motifs plus » graves veulent qu'il s'abstienne. — Etre à la fois législa- » teur et juge, c'est mêler la justice et la grâce, la *loi et l'ar-* » *bitraire, et par suite corrompre le Droit.*

« Comme juge *criminel*, le prince peut être terrible ; « pour peu qu'il ait des tendances cruelles, son tribunal na- « gera dans le sang.

(23) Sur Bodin. V. Correspondant 1855-1856. p. 819 et s. — *Bluntschli* I p. 456. — *Baudrillart*.J. Bodin et son temps. *Hancke*.Bodin. ein studie über den Begriff der Souverainetät. — *Esmein*. Eléments de Droit Constitutionnel... p. 270. — *P. Janet*. Histoire de la science politique. Second volume.

« Comme *juge civil,* il serait inconvenant de le voir juger » en sa propre cause. La haute autorité du prince éblouit » les parties et leur enlève leur libre allure ».

214. Locke 1690.

A la fin du XVII[e] siècle, *Locke s'occupe de la théorie* des pouvoirs dans son Essai sur le gouvernement civil. Cet essai est de 1690. Il a le caractère d'un plaidoyer en faveur de la Révolution d'Angleterre. C'est à la fois un traité philosophique et un livre de parti. *L'Essai sur le gouvernement civil* a beaucoup servi à MONTESQUIEU et à J. J. ROUSSEAU.

Suivant Locke, la Société, une fois constituée, est munie des divers pouvoirs essentiels à son existence et à sa conservation :

1° *le pouvoir* LÉGISLATIF, dont le pouvoir judiciaire semble une dépendance ;

2° *le pouvoir* EXÉCUTIF, pouvoir d'exécuter les lois et de faire ce qui *est convenable pour la protection des intérêts particuliers et publics* ; et

3° le pouvoir CONFÉDÉRATIF, *uni ordinairement à l'exécutif ;* c'est le pouvoir de faire la paix et la guerre.

De ces trois pouvoirs, c'est le pouvoir législatif qui est le pouvoir suprême et souverain. C'est lui qui *prescrit des règles pour toutes les actions* et c'est à lui qu'appartient le pouvoir de punir.

Le pouvoir législatif ne doit point décider par des *décrets* particuliers et instantanés, mais par des lois générales.

Locke s'applique surtout à faire comprendre les rapports entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif dans les *Institutions anglaises.* Il met aussi en relief la distinction entre ces deux pouvoirs, et c'est en celà qu'il mérite d'être signalé comme ayant ouvert la voie dans laquelle est entré Montesquieu.

Il enseigne, en effet, que le pouvoir législatif et le pouvoir

(24) V. l'Essai, § 148.

exécutif doivent être séparés,placés dans des mains différentes; et voici ses raisons (25). « Les lois peuvent être » faites en peu de temps..... il n'est pas nécessaire que le » (pouvoir) législatif soit toujours en activité....

» D'autre part, pour la fragilité humaine la tentation de » porter la main sur le pouvoir serait trop grande, si les » mêmes personnes chargées de faire les lois avaient aussi » entre leurs mains le pouvoir de les exécuter ; car, elles » pourraient alors se dispenser d'obéir aux lois qu'elles » font et accommoder la loi à leur avantage privé...Dans les » républiques bien ordonnées.... le pouvoir législatif est remis » aux mains de diverses personnes, qui, dûment assemblées, » ont, par elles mêmes ou conjointement avec d'autres, le » pouvoir de faire les lois ; et lorsqu'elles les ont faites, elles » se séparent de nouveau et sont elles-mêmes soumises aux » lois qu'elles ont faites : c'est un lien nouveau et étroit, qui » les retient et les rend soigneuses de faire les lois pour le » bien public. Mais, comme les lois, qui sont faites une fois » pour toutes et en peu de temps, ont une force constante » et durable, et demandent une exécution perpétuelle ou » une surveillance à cet effet, il est par suite nécessaire » qu'il y ait un pouvoir toujours en activité, qui veille à » l'exécution des lois en vigueur. Et ainsi, *le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif arrivent souvent à être* » *séparés* ».

Cette dernière phrase démontre bien que Locke ne vise pas à créer une théorie ; il ne fait qu'indiquer les traits qu'il constate dans le Droit public de son pays; il appartenait à Montesquieu de transformer les éléments fournis par le philosophe anglais (25) et d'en faire un système complet.

(25) Esmein, page 272.

---

215. L'Esprit des lois de Montesquieu 1748. C'est incontestablement à Montesquieu que revient l'honneur d'avoir mis en *lumière* et popularisé la distinction des 3 pouvoirs et la nécessité de les organiser d'une manière autonome, si l'on veut garantir la liberté et la sécurité *des citoyens.*

Montesquieu a lu Aristote. C'est à propos de lui qu'il déclare que les anciens ne connaissaient pas la distribution des 3 pouvoirs.Il ne semble guère avoir connu *Bodin.* Quant à Locke, Montesquieu s'en est visiblement inspiré. C'est à Locke et à ses propres voyages en *Angleterre*,que Montesquieu doit ce qu'il a pu écrire des institutions anglaises. C'est au livre XI de *l'Esprit des lois,* dans le chapitre VI, intitulé de la *Constitution d'Angleterre,* que Montesquieu expose la célèbre théorie qui porte son nom.

Son *vrai mérite,* sa vraie *originalité* est d'avoir montré, dans la division des pouvoirs, dans leur distribution entre des mains différentes, une *garantie* fondamentale de la liberté politique.

Aucun publiciste avant Montesquieu, pas même en Angleterre, ne l'avait entrevu.

Montesquieu DÉCOUVRE le principe de la Division des pouvoirs dans la Constitution anglaise. «Cette thèse est née » en France de l'observation d'un peuple étranger », dit *Fuzier Herman.*

« Les deux chapitres de *l'Esprit des lois* relatifs à l'Angle- » terre sont, disait *Ste-Beuve*,des découvertes dans LE MONDE » DE L'HISTOIRE ».

Après avoir remarqué (chapitre V) que l'Angleterre est dans le monde la nation qui a pour objet direct de sa Constitution la liberté politique, Montesquieu, au chapitre VI, décrit cette Constitution et y met en relief la séparation des pouvoirs, qu'il érige en principe, sans grand souci d'ailleurs de l'exactitude de son exposé.

Les termes même de Montesquieu sont restés classiques et n'ont pas été dépassés en énergie et en précision.

Il y a dit-il, dans chaque Etat, trois sortes de pouvoirs :

I. La puissance législative, par laquelle le prince ou le magistrat fait des lois pour un temps ou pour toujours, et corrige et abroge celles qui sont faites ;

II. La puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit des gens, par laquelle le prince ou le magistrat fait la paix ou la guerre, envoie ou reçoit des ambassadeurs, établit la sûreté, prévient les invasions. Cette définition rappelle *clairement* le pouvoir confédératif de Locke.

III. *La puissance exécutrice des choses qui dépendent du Droit civil*, par laquelle le prince ou le magistrat punit les crimes ou juge les différends des particuliers. On appellera cette dernière, dit Montesquieu, la puissance de juger.

C'est comme condition et comme garantie de la liberté politique,que Montesquieu prône la séparation des pouvoirs.

Il commence par définir cette liberté politique,il l'identifie avec le sentiment de sécurité individuelle. avec un régime de gouvernement excluant toute crainte,

La liberté politique fait défaut, dit-il :

1° *Quand la puissance législative* est réunie à l'exécutrice.

Le même corps a, comme exécuteur des lois, toute la puissance qu'il s'est donnée comme législateur.

L'on peut craindre qu'il ne fasse des lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement.

2° Quand la puissance judiciaire est jointe à la législative : le juge alors est législateur, il dispose d'un pouvoir arbitraire sur la vie et la liberté des citoyens ;

3° quand la puissance de juger est unie à l'exécutrice, car le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur.

Tout serait *perdu* si le même homme ou le même corps exerçait les trois pouvoirs.

« Chez les Turcs, où les trois pouvoirs sont réunis, règne » un affreux despotisme.

» Dans la plupart des royaumes d'Europe, le gouvernement » est modéré, le Prince laisse à ses sujets l'exercice du pou- » voir judiciaire.

« Dans les républiques d'Italie, les trois pouvoirs sont « réunis ; le gouvernement a besoin, pour se maintenir, de » moyens aussi violents qu'en Turquie : témoin, à Venise, » les inquisiteurs d'Etat et le tronc, où tout délateur peut » jeter un billet d'accusation. »

216. Contradicteurs de Montesquieu. Cette théorie, dont le succès fut énorme et qui a fait le tour du monde, ne fut pas sans rencontrer, déjà au XVIIIe siècle et sur le continent, d'ardents contradicteurs.

Parmi eux, il faut citer *J. J. Rousseau*, lequel ne combat pas directement le principe de séparation des pouvoirs, mais le dénature complètement, en faisant du pouvoir législatif le seul pouvoir souverain. A quoi lui sert-il alors de prôner la séparation des autres pouvoirs, exécutif et judiciaire, puisqu'il les subordonne au premier, et qu'il réduit les gouvernements et les juges au rôle de commis du peuple ?

Un autre contemporain, *l'abbé Raynal* (26), voit dans le principe de Montesquieu un germe de lutte perpétuelle entre les pouvoirs, une cause d'anarchie (27).

Vers la même époque, un philosophe Napolitain, *Filangieri*, publie, sous le nom de Science de la législation, un ouvrage que Villemain appelle « les Mille et une nuits de la politique (28) ». Il y critique l'indépendance du pouvoir exécutif, corollaire du principe de Montesquieu.

L'exécutif réunit alors dans ses mains toutes les forces de

(26) Il prône formellement la séparation de l'exécutif et du législatif. « S'il était possible, dit-il que le souverain eût la puissance exécutive, le « droit et le fait seraient tellement confondus, qu'on ne saurait plus ce qui « est loi et ce qui ne l'est pas ; et le corps politique ainsi dénaturé serait « bientôt en proie à la violence contre laquelle il est institué ». — « Il n'est « pas bon, dit-il ailleurs, que celui qui fait les lois les exécute, ni que le « corps du peuple détourne son attention des vues générales pour la donner « aux objets particuliers » Livre III. ch. IV.

(27) P. Janet. Histoire de la science politique, II, p. 148.

(28) Janet, II p. 529 à 536.

la nation.Faisant lui même partie du parlement, il ne peut être réprimé que par son propre concours. Il faudrait qu'il signât lui-même le décret de sa condamnation. Aussi a-t-on déclaré le roi infaillible et inviolable; s'il se conduit en tyran, il ne reste alors qu'un remède : l'insurrection. Paul Janet répond à ces critiques que Filangieri ne tient aucun compte de la responsabilité ministérielle, et qu'en tout cas la « Cons- » titution qui sépare le pouvoir exécutif et le pouvoir » délibératif,qui les oppose l'un à l'autre en leur donnant » pour juge suprême l'opinion publique, est encore celle » qui offre le plus de garantie contre l'usurpation ».

Les Economistes, connus sous le nom de *Physiocrates* livrent au principe de Montesquieu les plus rudes batailles, et parmi eux surtout *Mercier de la Rivière.* Ils sont au XVIII[e] siècle les ennemis déclarés de toutes les garanties, parce qu'elles pourraient affaiblir le pouvoir, et que c'est à son intervention qu'ils ont recours pour réaliser les grandes réformes qu'ils préconisent. S'ils admettent et défendent l'indépendance du pouvoir judiciaire, ils réclament impérieusement la réunion dans les mêmes mains de toutes les forces de l'Etat, de l'autorité gouvernementale et du pouvoir législatif.Dans son ouvrage publié à Londres en 1767 sous ce titre : *De l'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques* (29),Mercier de la Rivière développe largement cette thèse : Le pouvoir législatif est inséparable de l'exécutif; ces deux pouvoirs doivent demeurer unis pour former ce qu'il appelle un despotisme légal.

Il n'admet pas que celui,qui fait les lois,ne puisse les faire exécuter ; le droit de commander n'existe pas sans le pouvoir de se faire obéir.

D'autre part, si les ordres du pouvoir exécutif sont en désaccord avec ceux du législatif, que faire ? Quel commandement devrait être exécuté de préférence ? Il faut que cela soit décidé ; mais préférer une des deux puissances, c'est détruire l'autre.

29) V. P. Janet, II p. 459.

Au surplus,il ne faut pas appliquer les lois de la physique au domaine de la politique, où n'existent ni contre-poids ni contre-forces se combinant. Si les pouvoirs sont égaux, ce sera l'immobilité ; s'ils sont inégaux, il n'y a aucune résultante possible : le pouvoir le plus fort l'emportera.

217.

Kant.

Kant a contribué pour beaucoup à faire admettre le principe de Montesquieu (30). « Tout Etat, dit-il, renferme en soi trois pou» voirs, c'est-à-dire que l'unité de la volonté » générale (Rousseau) s'y décompose en trois » personnes (trias politica): le souverain pou» voir,qui réside dans la personne du législateur ; le pouvoir » exécutif, dans la personne qui gouverne ; et le pouvoir » judiciaire, dans la personne du juge.Ce sont les trois pro» positions d'un syllogisme pratique ; la majeure, qui con» tient la loi d'une volonté ; la mineure, l'ordre de se con» duire d'après la loi ; enfin, la conclusion (la sentence), » qui décide ce qui est de droit dans le cas dont il s'agit.»

Cette étrange théorie est avec raison combattue par *Stahl* (Lehre von Staat II § 57) et par *Bluntschli* (I, page 459). » Une erreur presque puérile, écrit ce dernier, c'est de ne » voir dans le pouvoir législatif que la détermination de la » règle à suivre ; dans le judiciaire, son application au cas » particulier ; dans l'exécutif enfin, l'exécution de ce juge» ment.

Stahl reproche à Kant de réduire tout acte public à un syllogisme, d'enseigner que la loi arrive toujours à exécution par le moyen de la justice, et que l'exercice de la souveraineté implique toujours le concours des trois pouvoirs. Tous nos membres participent-ils à tous nos mouvements personnels ?

Blunstchli remarque que — en application de la formule

(30) Paul Janet, II, p. 612 ss. Fuzier Herman, p. 192. Bluntschli I, p.459.

de Kant — le juge seul mériterait la qualification de souverain.

« Ne réunit-il pas toutes les fonctions, puisqu'il part de » principes généraux, les applique au point spécial et for- » mule en conséquence la sentence obligatoire ? Le gouver- » nement n'est plus guère que l'huissier et le gendarme qui » exécute ».

218. Succès du principe de Montesquieu L'*Esprit des lois* fut pour l'Angleterre même toute une révélation. Il n'y avait alors, en ce pays, en dehors des journalistes et des polémistes, pas un seul écrivain politique. Or, dès la fin du XVIII[e] siècie, l'œuvre de Montesquieu est enseignée à l'Université d'Oxford. où viennent se former les principaux hommes d'Etat.

Le principe de séparation des pouvoirs est accepté dans ses *Commentaires* par Blakstone, qui prend soin déjà d'apporter à l'exposé que Montesquieu avait fait du droit Anglais les rectifications nécessaires (31). *Paley,* dans un ouvrage publié à Londres en 1785,sous le titre de *Philosophie morale et politique* prône ce qu'il appelle la balance des pouvoirs, qui trouve aussi un vigoureux appui dans l'*Histoire de la société civile* de l'Ecossais *Ferguson.*

Le dernier ouvrage publié au XVIII[e] siècle en France dans les vues de Montesquieu est le livre du Genevois *Delolme,*paru en 1771: c'est le développement approfondi du chapitre de l'Esprit des lois intitulé : La Constitution de l'Angleterre.

Mais il faut mettre hors pair les écrits parus aux Etats-Unis dans le sens de la doctrine de Montesquieu : l'œuvre de *Johns Adams,* intitulée : *Défense de la Constitution des Etats-Unis,*traduite en français dès 1792 ; et le *Fédéraliste,* célèbre publication, due à *Hamilton, Jay et Madison,* consistant en une série d'articles de journaux écrits en 1787

(31) Esmein, II, page 276.

et 1788, pour démontrer la nécessité et les avantages de la Constitution fédérale,qui venait d'être votée par la Convention de Philadelphie, et qui se trouvait soumise à la ratification des divers Etats. Ces articles furent, dès 1788, réunis en deux volumes, dont une traduction française parut à Paris en 1792.Ils forment un traité complet de philosophie constitutionnelle.Guizot affirmait ne pas connaître de meilleur ouvrage au point de vue de l'application des principes élémentaires du gouvernement (32).

C'est là que la Constituante française trouva le principe: car c'est moins dans l'Esprit des lois que dans la littérature politique et la Constitution des Etats-Unis qu'elle vint puiser la formule qu'elle déposa dans la *Déclaration des Droits de l'homme :* « Toute société dans laquelle la garan- » tie des droits n'est pas assurée,ni la séparation des pou- » voirs déterminée, n'a point de Constitution. »

§ 2. Interprétation du principe de Montesquieu.

219. Rectifications à l'Esprit des lois. En se ralliant au principe, Blakstone avait eu soin, nous l'avons dit, de rectifier diverses inexactitudes qui déparent le tableau que Montesquieu a dressé des institutions anglaises.

Sans admettre avec *Léon Faucher (Etudes sur l'Angleterre)* que Montesquieu ait écrit « le roman de la constitution anglaise » reconnaissons que, dans son exposé, *Montesquieu* exagère le principe de séparation, au point d'en faire une règle trop absolue, trop rigoureuse et d'assujettir à ses vues des réalités qu'il dénature. Il demande que la puissance de juger soit confiée à des personnes tirées du corps du peuple,

(32) Lire la préface de M.Esmein, mise en tête du Fédéraliste réimprimé en français (traduction Jèze) par la maison Giard et Brière.Paris 1902.

à des magistrats élus. Il oublie qu'en Angleterre, la couronne fait partie intégrante du pouvoir législatif avec droit de sanction. Il admet bien que l'exécutif convoque le parlement, ait le droit de clore sa session, mais il ne tolère, sous le nom de faculté d'empêcher, que le *veto* suspensif. « Si le » monarque, dit-il, prenait part à la législation par la faculté » de statuer, il n'y aurait plus de liberté ».

Il a surtout manqué à Montesquieu de connaître le gouvernement de cabinet, qui ne s'est *développé en Angleterre que plus tard*, et qui, en dépit du principe de séparation, sert de trait *d'union* entre l'exécutif et la législature.

220. Application du principe aux Etats-Unis.

C'est avec cette signification de règle sévère d'application stricte, que le principe semble avoir été compris aux Etats-Unis.

Les corollaires qu'on en tire et que l'on inscrit dans la Constitution fédérale sont exagérés. Et pourtant, à en juger par le *Fédéraliste* (33) l'opinion n'est pas encore satisfaite ; et l'une des principales objections que dirigent contre la Constitution non encore ratifiée ses plus respectables adversaires, « est la » prétendue violation de l'axiome politique d'après lequel » les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire doivent être » séparés et distincts. Dans l'organisation du gouvernement » fédéral, il semble que l'on n'ait point fait attention à cette » précaution essentielle en faveur de la liberté. »

La séparation des pouvoirs domine cependant la Constitution fédérale américaine.

Cette constitution n'attribue le pouvoir législatif qu'au Congrès, c'est-à-dire à la Chambre et au Sénat. Elle laisse en dehors le Président. (Le Vice-Président préside le Sénat).

Le Président n'a qu'un *veto* purement suspensif. Il ne

(33) V. Les articles de Madison pages 397 ss. dans l'édition française de 1902.

peut ni ajourner, ni dissoudre les Chambres; il peut seulement attirer l'attention du Congrès sur les mesures qu'il croit nécessaires ou convenables. Il n'a pas d'autre droit d'initiative.

— Tout cela est-il autre chose que la réalisation du plan de Montesquieu? Montesquieu n'avait pas signalé dans la constitution Anglaise, le *gouvernement de cabinet.* Cette lacune est flagrante dans la Constitution américaine. Les ministres, appelés secrétaires, d'Etat, ne peuvent ni faire partie du Congrès, ni y avoir accès.

Cependant, contrairement à ce que voulait Montesquieu, les juges fédéraux sont désignés par le Président, sur l'avis *du Sénat.* Mais, dans les divers États de l'Union, c'est l'élection des magistrats par le peuple, qui prévaut, selon les vues de Montesquieu.

221. Constitution Française de 1791. Quand la Constituante Française rédige la Constitution de 1791, elle connaît la théorie de Montesquieu, mais elle ne la connaît qu'avec ses exagérations et ses lacunes, telle qu'elle ressort des écrits et des institutions américaines.

Aveuglée par les doctrines abstraites de J.J. Rousseau, elle est impuissante à se rallier aux solutions concrètes et pratiques. Dans la fameuse nuit du 4 avril 1789, elle entend de Lameth s'écrier :

« Sans la séparation des pouvoirs, il n'y a que despotisme»; et cette phrase est presque textuellement insérée dans la Déclaration des droits de l'homme.

Quelques jours après (34) Mounier propose de donner au Roi la sanction des lois. « Pour que les pouvoirs restent divisés, dit-il, il faut qu'ils soient garantis contre leur attaques ou leurs usurpations réciproques. Pour qu'ils restent à jamais divisés, il ne faut pas les *séparer entièrenent* ». La Constituante est sourde à cet avis.

(34) Consultez l'ouvrage de St-Girons sur la séparation des pouvoirs.

La Constituante se rallie au système de l'élection de juges temporaires par le peuple, consacre le *veto* purement *suspensif*, interdit le cumul des fonctions de ministre et du mandat de député, rend ainsi impossible ce que l'on a appelé le gouvernement de *cabinet*, refuse au Roi l'initiative des lois et se borne comme en Amérique à lui permettre d'inviter le Corps législatif à prendre certains objets en considération, *refuse au Roi le droit d'ajourner et de dissoudre les chambres.*

Cela fit dire à Mirabeau : « Barnave vous a dit que le Roi » sera à côté des tribunaux, à côté de la Constitution. S'il est » à côté, il est en dehors ! »

— Toutes ces conséquences exagérées du principe de séparation des pouvoirs ont été successivement consacrées par les diverses *Constitutions Révolutionnaires Françaises.*

222. **Recherches scientifiques:** ORGANISATION JUDICIAIRE.

Prenant pour point de départ la théorie de Montesquieu, pour objets d'étude et pour champ d'expérience les institutions anglaises et leur histoire, les institutions américaines et leur développement, les institutions françaises et leurs transformations, la SCIENCE POLITIQUE s'est ingéniée à interpréter le principe de la division des pouvoirs, à préciser les conditions de sa réalisation, à déterminer sa véritable portée, à signaler les restrictions, les tempéraments qu'il comporte.

Elle s'est d'abord occupée de vérifier les assertions de Montesquieu.

Elle n'a pas tardé à découvrir que Montesquieu, dans sa description des institutions anglaises, a laissé dans l'ombre des points essentiels et commis des inexactitudes d'une certaine gravité.

En ce qui concerne le pouvoir judiciaire, tout d'abord, Montesquieu n'a pas aperçu *l'inamovibilité des magistrats,* qui constitue en Angleterre, peut-on dire avec *St-Girons*(35)

(35) Page 98 de son ouvrage.

le rempart le plus solide des libertés individuelles. A ce même propos, la science politique a dirigé son attention sur les Etats-Unis. Elle a été promptement frappée du contraste qui existe entre la justice fédérale et la justice particulière à chaque Etat. Dans le bulletin d'octobre 1891 des travaux de l'Académie des sciences morales et politiques de Paris, M. de Francqueville (36) signale ce contraste. « Les juges fédéraux, dit-il, sont très peu nombreux; ils sont nommés par le Président avec l'approbation du Sénat ; ils sont inamovibles et suffisamment rétribués. Le magistrat ne peut attendre du gouvernement ni avancement, ni décoration, ni faveur quelconque ».

Dans les divers Etats, au contraire, de 1812 à 1860, s'est introduit le système de l'élection des juges, combiné avec celui de la courte durée de leurs fonctions ; et ce système, loin d'assurer l'indépendance de la magistrature, a été la principale cause de son avilissement. Nul ne peut croire à l'impartialité du juge, et, ce qui est pire encore, on a souvent le droit de suspecter sa probité.

— Cette situation est d'autant plus grave que l'immense majorité des affaires relève, non pas de la justice fédérale, mais des juridictions de divers Etats (36bis).

L'expérience faite en France a donné les mêmes résultats(37). Aussi la Constitution de 1848 elle même consacre-t-elle la nomination des juges par le gouvernement : système établi sous l'Empire. (Loi de 1810)

L'élection des juges, en Suisse même n'a pas manqué de produire certains INCONVÉNIENTS (38).

(36) Auteur de travaux considérables sur le Droit public anglais : *Le gouvernement et le parlement Britanniques. — Le système judiciaire de la Grande Bretagne.*

(36bis) Lire *Esmein*, page 325 et les critiques de *Jams Bryce*, qui y sont reproduites.

(37) V. dans la Revue de deux mondes, 1882, un article de M. Dejardin membre de l'Institut.

V. aussi Journal des Tribunaux 1re année nos 41 et 42.

(38) *Ibidem* — V. également Esmein, page 326.

La science politique en a conclu que le principe de division des pouvoirs ne s'opposait pas à la nomination des juges par le gouvernement, à la condition toutefois que leur indépendance fût sauvegardée par l'inamovibilité : première restriction fondamentale qu'elle a dû admettre au principe de Montesquieu.

223. **Constatations scientifiques:** RELATION ENTRE EXÉCUTIF ET LÉGISLATURE

La science politique s'est attachée d'autre part à étudier les relations qui doivent exister entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Sur ce point elle eut à relever une *erreur très grave de Montesquieu.* Montesquieu sépare le Roi du parlement, et se borne à lui accorder un droit de *veto,* une faculté d'empêcher, non la faculté de statuer.

Tel n'est pas le régime établi par le *Droit Constitutionnel anglais.* Du vivant de Montesquieu déjà, *Ripart de Monclar* (38) avait rappelé qu'en Angleterre le Roi fait partie du Parlement, qu'il a l'initiative des lois, que les lois se forment par l'adhésion des deux chambres aux propositions royales et par le consentement du monarque aux résolutions des deux chambres. L'observation de Ripart de Monclar est juridiquement exacte, bien qu'en *fait* le veto royal est en Angleterre tombé en désuétude depuis le XVII[e] siècle.

Mais ce que Montesquieu n'a pas vu, c'est l'existence entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, de *rapports* intimes et perpétuels, par l'intermédiaire du gouvernement de *cabinet.* Il est impossible d'en faire un reproche à Montesquieu (39), car ce rouage n'existait guère à l'époque où parut l'Esprit des lois ; du moins le rôle, les attributions, le fonctionnement du régime parlementaire ne pouvaient alors être connus et compris, comme de nos jours. On sait que le gouvernement de cabinet se caractérise par l'attribution des

(38) Cité par Sclopis : Recherches historiques sur l'Esprit des lois,
(39) Comme le fait St Girons, page 97.

fonctions ministérielles aux *chefs de la majorité parlementaire.* Ce fait est la négation complète de la séparation absolue des pouvoirs, telle que semble l'avoir comprise Montesquieu et ses disciples, Delolme surtout. Le cabinet unit les deux pouvoirs, règle leur action commune, maintient entre eux l'entente et l'harmonie.

— Jetant les yeux sur les Etats-Unis et sur leurs constitutions, la Science POLITIQUE cependant s'est étonnée de n'y apercevoir d'abord rien qui ressemblât au gouvernement de cabinet, aucune relation entre le pouvoir législatif et l'exécutif. Les ministres, secrétaires d'Etat, n'ont, au terme de la Constitution fédérale, nul rapport avec le Congrès. Ils ne peuvent en être membres ni y avoir accès. L'opinion de Montesquieu triomphe donc dans la Constitution américaine. Cela se peut-il ?

— L'isolement des deux pouvoirs est-il possible ? Peuvent-ils vivre côte-à-côte et marcher de concert, sans se connaître et sans communiquer entre eux ? Tel est le problème.

Examinant de plus près les faits et le fonctionnement des pouvoirs fédéraux, l'on n'a pas tardé à *trouver* le nœud de la difficulté, la clef du mystère. Les Constitutions, les textes, en effet, ne sont pas tout le droit public, ils ne rendent pas raison de tous les phénomènes politiques. En dehors des textes, il y a les faits, il y a mille influences, mille incidents qui se produisent, et qui, en dehors du droit écrit, donnent *naissance* au Droit coutumier, à *des règles traditionnelles,* dont la Science doit nécessairement tenir compte. C'est précisément ce qui est survenu aux Etats-Unis.

Juridiquement le Congrès et le Président vivent dans l'isolement mutuel. Ils ne se connaissent pas et ne communiquent pas entre eux.

En fait, leurs relations sont incessantes, leurs communications perpétuelles, leur action, peut-on dire, *commune* (40)

(40) On lira sur ce sujet des détails complets dans *Boutmy*. Etudes de Droit Constitutionnel 1888, p. 146 ss., dans de *Laveleye,* Le gouvernement de la Démocratie, II p.123 et dans *Wilson,* Le gouvernement Congressionnel

Le secrétaire d'Etat, qui a l'intention de faire présenter un bill, négocie, s'entend avec le Président des Comités permanents du Sénat et de la Chambre.

Il fait présenter son bill au Parlement par l'un de ses partisans.

On nomme une commission pour l'examiner.

Il est de tradition que l'auteur de la proposition soit président et rapporteur de la commission et que la commission soit toujours composée d'une majorité favorable au gouvernement.

Les débats parlementaires sont presque nuls.

Le rapporteur a la parole pendant une heure ou deux, ses adversaires durant quelques minutes. Le droit d'amendement, en fait, ne s'exerce pour ainsi dire pas. Le bill est donc soumis au vote de la Chambre dans des conditions favorables à son adoption.

— Il résulte de ces faits que les termes de la Constitution américaines ne suffisent pas pour se rendre compte des rapports entre le Parlement et le pouvoir exécutif.

Nonobstant ces textes, il n'y a pas aux Etats-Unis séparation absolue entre les deux pouvoirs, il y a au contraire *relations constantes.*

Il est donc absolument contraire à la réalité des choses, de considérer l'isolement des pouvoirs comme caractéristique du régime américain.

224. Constatations scientifiques: INDÉPENDANCE DE L'EXÉCUTIF

L'histoire politique de France depuis un siècle a rendu la démonstration plus saisissante encore.

Elle fait voir qu'en ce pays on a presque toujours exagéré les contacts entre le gouvernement et le parlement, de telle sorte que le chef de l'Etat — en dehors des périodes de réaction, où il se trouva tout puissant en face d'un parlement servile, se vit au contraire réduit au rôle de commis de la Législature, n'ayant vis-à-vis d'elle aucune

autorité, aucune prérogative assurant son indépendance et sa stabilité.

L'histoire de France est celle d'un perpétuel conflit entre les deux pouvoirs.

La Constitution de 1791 place le Roi en dehors du pouvoir législatif, mais lui refuse toute action sur le Parlement, et rend presque impossible le gouvernement de cabinet en défendant le cumul des fonctions de ministre et du mandat de député.

Le gouvernement eût dû être fort pour maintenir l'ordre et contenir la démagogie. Destitué de toute influence, le Roi ne pouvait résister au torrent, La Royauté succomba ; la démagogie prit le dessus.

Succédant à la Constituante et à l'Assemblée législative, la Convention se livra à des excès qui provoquèrent la réaction consulaire et impériale.

Les chartes de 1814 et de 1830 consacrent sans exagération le principe de la division des pouvoirs ; elles donnent au Roi la tierce partie de l'autorité législative, le droit de dissoudre et de proroger les chambres.

L'insuccès des deux Restaurations tient à des causes spéciales et étrangères à *la théorie* de Montesquieu.

Le rôle donné au pouvoir exécutif par la Constitution de 1848 résulte encore d'une mauvaise application du principe de la division des pouvoirs. Le Président de la République n'a que le droit de faire présenter des projets de lois à l'Assemblée nationale par ses ministres. lesquels ne peuvent être députés, mais ont libre entrée aux chambres. Il n'a pas à sanctionner les lois comme en Amérique, mais est pourvu du droit de réclamer de l'assemblée une nouvelle délibération.

Cet isolement de l'exécutif tenu à l'écart du législatif produit ses conséquenees habituelles.

L'exécutif n'ayant qu'une influence insuffisante est trop faible pour résister à l'Assemblée nationale et pour procurer au pays los bienfaits de l'ordre et de la paix.

L'assemblée toute puissante ne rencontre aucun frein, usurpe les fonctions gouvernementales, qu'elle est inapte à remplir. Cette situation ne tarde pas à amener une période de démagogie, pleine d'inconvénients. Il suffit de quelques mois pour que le besoin d'ordre l'emporte une fois de plus sur l'amour de la liberté. En décembre 1848, Napoléon devient Président de la République ; le 21 juin 1852 il promulgue une Constitution ; la même année, au mois de décembre, l'empire est rétabli.

Le grand mal politique dont la France souffre aujourd'hui encore, c'est l'instabilité ministérielle. Elle a plusieurs causes, *l'une des principales* est la faiblesse, l'isolement du pouvoir exécutif.

Le Président de la République nommé pour 7 ans par les deux chambres réunies en Congrès n'a qu'un Veto purement suspensif, il ne peut dissoudre les Chambres que sur *l'avis conforme du Sénat.*

« En France, dit M. de Laveleye (41), la direction des » affaires publiques a été presqu'entièrement accaparée par » la chambre des députés Au milieu des continuels change- » ments de ministère, le rôle du pouvoir exécutif s'efface » de plus en plus ».

Le doyen de la cour suprême des Etats-Unis, en parlant du Président de la République Française dit : « qu'*il est un » véritable zéro, que son atcion est nulle.* Ce n'est qu'un » simple jouet pour la représentation publique, un jouet dans » la main de la faction qui prévaut à la Chambre. Ses fonc- » tions principales sont de reconstruire perpétuellement des » cabinets qui s'écroulent à peine construits, sur lesquels » il n'a aucune influence (42). »

(41) Le gouvernement de la Démocratie, II page 124.

(42) V. Vossion. La Constitution des Etat-Unis, page 72. — V, la préface de *Casimir Périer* à l'ouvrage de M. *R. Bompard* sur le *Veto.* (Paris — Rousseau — 1906).

225. Conclusions. Ces constatations et observations ont conduit la science politique, à donner du principe de Montesquieu une interprétation fondée sur le bon sens et l'expérience pratique.

Cette interprétation répudie d'abord l'idée de faire de la division des pouvoirs une règle abstraite et absolue, qui imposerait de les organiser sur la base d'une séparation complète. Il n'en peut être question et ce serait une absolue impossibilité. Division des pouvoirs signifie seulement autonomie des pouvoirs ; elle n'exclut entre eux ni liaison, ni rapports ; elle ne peut supprimer les fréquents points de contacts, qui se produisent nécessairement et à tout instant de l'un à l'autre. Pour assurer la bonne marche de l'Etat, l'équilibre et l'harmonie des pouvoirs, il convient, au lieu de les isoler, de prévoir leur action commune et de régler leurs communications. « Prise dans son sens absolu, » la séparation est une pure chimère : elle constituerait, » dit le Comte de Francqueville, dans un même Etat, des » souverainetés distinctes, la lutte incessante et l'anarchie. » Séparation doit signifier indépendance limitée — chacun » des pouvoirs doit se mouvoir dans le cercle de ses attribu- » tions; il ne doit pas envahir le domaine des autres, de mê- » me que chaque citoyen doit jouir de sa liberté sans entra- » ver celle d'autrui ».

Cela revient à dire que la division des pouvoirs n'est ni un principe absolu, ni le principe unique de la science politique ni un principe purement *abstrait.*

Ce n'est pas un principe *absolu,*car il ne s'oppose pas à ce que chacun des pouvoirs intervienne partiellement dans l'exercice des autres ; il n'empêche pas les relations entre les pouvoirs ; au contraire il les suppose et les exige.

Secondement, ce principe doit être pratiquement combiné avec d'autres,notamment avec le principe des gouvernements mixtes, dont il sera question dans le chapitre suivant.

Il ne faut pas violer ce dernier principe *dans le but* de réaliser complètement le premier.

Ainsi, en serait-il, si l'on réalisait la séparation absolue de l'exécutif et du législatif.

La séparation des pouvoirs n'est pas non plus un principe abstrait, mais une règle expérimentale, susceptible d'applications diverses et de graves tempéraments. Elle signifie avant tout indépendance des pouvoirs. Elle comporte donc le recours aux moyens, qui, *suivant les temps et les pays*, paraissent les meilleurs pour assurer cette indépendance. L'expérience démontre que la magistrature la plus indépendante est celle que nomme le *gouvernement* et qui est dotée de l'inamovibilité. La réalisation pratique et concrète du principe est donc ici tout autre que ne paraît l'impliquer son application théorique.

Cette interprétation pratique de la division des pouvoirs, Madison déjà la proposait dans les célèbres articles qu'il faisait paraître en 1788 pour défendre la Constitution fédérale américaine du reproche qu'on lui faisait d'avoir négligé le principe de Montesquieu. En s'appuyant sur la constitution anglaise, que l'auteur de l'Esprit des lois qualifiait, rappelle-t-il, de miroir de la liberté politique, Madison (43) concluait : » Montesquieu n'a pas entendu exclure toute action par- » tielle, tout contrôle réciproque des différents pouvoirs l'un » sur l'autre ; ce qu'il a voulu dire, comme le montrent ses » propres expressions, et plus évidemment encore les exem- » ples qu'il avait sous les yeux, c'est que, lorsque la totalité » du pouvoir d'un département est exercée par les mêmes » mains qui possèdent la totalité du pouvoir d'un autre dé- » partement, les principes fondamentaux d'une Constitution » libre sont renversés ». — Partant de la Constitution de New-Hampshire, Madison déclare que les pouvoirs doivent être séparés et indépendants, autant que la nature d'un gouvernement le permet et *autant que cette séparation peut*

(43) V. Le Fédéraliste, page 399 ss.

s'accorder avec cette chaine d'union qui lie l'ensemble de la Constitution en un tout indivisible d'unité et d'amitié.

Le second article, que Madison consacre au même sujet, a pour objet de démontrer que « s'il n'existe pas entre les » pouvoirs une liaison et une union qui donne à *chacun* » d'eux un contrôle constitutionnel sur les autres, *le degré* » *de séparation que requiert le principe*, comme essentiel à » un gouvernement libre, ne sera jamais, en pratique, effica- » cement maintenu (44) ».

Cherchant à déterminer la condition essentielle de la séparation des pouvoirs, *Saint-Girons* estime qu'il suffit de les rendre indépendants l'un de l'autre quand à l'existence. *Esmein*(45) est du même avis.« Le principe,dit-il,se réduit à » ceci : que les pouvoirs reconnus distincts doivent avoir » des titulaires, non seulement distincts, mais indépendants » les uns des autres, en ce sens qu'un des pouvoirs ne puisse » pas révoquer à volonté le titulaire d'un autre pouvoir. » C'est là, dans *l'inamovibilité réciproque, que gît le prin-* » *cipe actif et bienfaisant.* C'est par là que les divers » pouvoirs peuvent véritablement, *dans la limite de leurs* » *attributions*, se contrôler les uns les autres et s'opposer, au » besoin, sur le terrain légal, ces résistances pacifiques, qui » sauvegardent la liberté publique »

226. Conditions essentielles de la division des pouvoirs. Dans une suite d'articles fort remarqués (46), un publiciste,*M.Arthur*, cherche à déterminer les conditions indispensablement requises pour satisfaire pratiquemont au principe de Montesquieu ; il les réduit à deux : il faut qu'il y ait une spécialisation suffisante des fonctions ; en second lieu une indépendance suffisante des titulaires, des organes de ces fonctions.

(44) Fédéraliste, p. 408 ss.
(45) Page 282.
(46) Tomes 13, 14 et 17, année 1900 et 1902 de la *Revue de Droit public*

La première condition va de soi.

Mais il convient de remarquer qu'elle n'exige pas un départage absolu et systématique des attributions. Elle ne s'oppose pas à certains cumuls, pourvu qu'ils soient bien définis. Ainsi, elle n'interdit pas rigoureusement d'investir le pouvoir législatif d'attributions d'un autre ordre, du droit de voter annuellement le budget et le contingent,par exemple.

La seconde condition comporte des degrés.

Il ne saurait être question d'une indépendance complète, mais seulement d'une autonomie relative, suffisante au moins pour exclure une réelle subordination, éviter la domination, la suprématie effective et constante d'un pouvoir sur un autre. Il suffit même, comme le pense *Esmein*, de l'*irrévocabilité* des fonctions; l'on ne peut exiger l'indépendance d'origine. On peut même croire qu'il y aurait péril, au point de vue de l'harmonie des pouvoirs, à leur donner à tous des origines absolument indépendantes, A aucun égard, cela n'a semblé nécessaire. Pour le pouvoir judiciaire par exemple, il est périlleux de le faire dériver d'un système électif. Il suffit, pour obtenir une suffisante indépendance des juges, de leur assurer la permanence de leurs fonctions, *l'inamovibilité.*

227. La division des pouvoirs dans la Constitution. Notre Constitution — chose remarquable — est en parfaite concordance avec ces données scientifiques.

Sans doute, elle ne dit mot du principe de Montesquieu, elle n'en fait l'objet d'aucun texte solennel,d'aucune formule déclamatoire.

Elle fait mieux, elle applique la *Division des pouvoirs* et elle l'applique complètement avec ses corollaires essentiels.

Elle organise les pouvoirs de manière à leur assurer à chacun le prestige de leurs fonctions et une véritable et sérieuse autonomie,

D'autre part, par les communications qu'elle établit entre eux et qu'elle règle minutieusement, elle veille à leur coordi-

nation, elle pourvoit à ce qu'ils restent unis, elle prévient autant que possible les conflits qui pourraient les séparer.

La suite de ce traité fera connaître et s'efforcera d'expliquer les nombreux points de contact que la Constitution Belge établit entre les pouvoirs. Nous ne pouvons ici qu'en donner une rapide indication forcément incomplète.

La situation du pouvoir judiciaire — dont l'indépendance est fortement garantie, est caractérisée par la nomination des magistrats confiée au gouvernement — par l'inamovibilité des juges, par le droit de contrôle de ce pouvoir sur la légalité des actes de l'exécutif et des actes administratifs et peut-être sur la constitutionalité des lois, par l'érection de la Cour de cassation en haute juridiction politique et en tribunal suprême des conflits.

Il a été dit déjà que les cumuls ne sont pas directement et généralement interdits, puisque l'art. 131 de la Constitution fait appel à une loi spéciale qui les définisse et en prévienne les abus.

§ 3. Justification du principe de Montesquieu.

228. Autorité du principe. *A en juger par le nombre et la valeur* des études publiées sur la matière (47) *la théorie des pouvoirs* continue d'être, dans la science du Droit constitutionnel, un sujet complexe et difficile,d'une importance capitale pourtant. Les traités, les monographies, les articles de revues permettent de constater, du moins si l'on va au fond des choses, l'adhésion à peu près générale que continue d'obtenir le principe de Montesquieu.

La séparation des pouvoirs paraît bien être devenue *en Droit constitutionnel*, un principe à peu près indiscutable, *un axiome, une vérité classique.*

(47) V. la note Bibliographique insérée en tête de ce chapitre.

Il s'agit dans ce titre de préciser les arguments, les vrais motifs, qui rendent raison de cet axiome, d'indiquer et de réfuter les objections d'ordre théorique ou d'ordre pratique, qui sont formulées pour en énerver la force.

Et d'abord, rappelons l'attitude d'un publiciste Français, qui eut son temps de célébrité : *Sismonde de Sismondi* (48), lequel refuse à la division des pouvoirs la dignité d'un principe, pour n'y voir qu'un simple fait.

« L'usage, dit-il, a prévalu aujourd'hui en Europe, de dis-
» tinguer les pouvoirs sociaux en trois et de requérir leur
» indépendance absolue (?) les uns des autres.

» Nous le considérons plutôt comme un fait, qui se présente
» dans plusieurs gouvernements recommandables et qui, en
» conséquence, est digne d'observation et d'étude, que com-
» me un principe, et *nous n'oublions point que, dans d'au-*
» *tres gouvernements qui ont porté les peuples à un haut*
» *degré de prospérité et de gloire,* ces pouvoir sétaient habi-
» tuellement confondus ».

M. Thonissen (49), qui cite ce passage, a soin de le critiquer. Dans certains Etats, sans doute, les inconvénients de la confusion des pouvoirs n'ont pas été assez forts pour comprimer les forces utiles de la nation. Mais *dans beaucoup de pays cette confusion a produit la tyrannie, la dégradation et la ruine.* Les phénomènes sociaux constatés dans une foule de nations permettent à la science politique de considérer la division des pouvoirs comme un *principe*, comme une vérité essentielle d'ordre social.

Essayons donc d'exposer et d'apprécier les *raisons favorables ou* DÉFAVORABLES à ce principe.

Essayons de les distinguer, s'il y a lieu, des *raisons spéciales*, qui ne concerneraient favorablement ou défavorablement que certaines interprétations, que *certaines manières de comprendre ou d'appliquer le principe* lui même.

(48) V. ses Etudes sur les Constitutions des peuples libres; édition de 1843.

(49) La Constitution Belge annotée, p, 113, en note.

Ajoutons enfin, qu'à cette place nous ne nous occupons pas de chacun des pouvoirs en particulier, ni des motifs propres et spéciaux qui militent en faveur de leur indépendance respective ou s'y opposent. Nous ajournons ce sujet aux divers chapitres consacrés à l'étude des différents pouvoirs. Nous nous bornons donc ici à l'examen des arguments intéressant la thèse générale, le principe lui même.

229. Classement des arguments et des objections.

Le principe de Montesquieu trouve son appui dans deux ordres de *considérations*, repose sur deux arguments distincts : le premier est celui de Montesquieu ; le second est d'origine moderne.

D'autre part, les objections faites à la division des pouvoirs dès le XVIIIme siècle ont gardé de nos jours certains partisans, qui persistent dans une opposition modérée, à la faveur peut-être de certains malentendus.

L'exposé de ces arguments et la critique de ces objections feront l'objet du présent paragraphe, que nous compléterons par l'examen des critiques faites à l'axiome de Montesquieu chez des publicistes comtemporains.

230. Argument de Montesquieu.

La science s'incline tout d'abord devant l'argumentation de *Montesquieu.* Elle redoute comme lui dans la concentration des pouvoirs un péril formidable pour la liberté, une menace constante d'arbitraire et de coups de force ; elle voit, dans leur séparation, une sauvegarde de la liberté, une garantie contre le DESPOTISME.

La division des pouvoirs introduit dans l'exercice de la puissance publique des bornes, des freins, des contrepoids.

Chacun des pouvoirs se meut dans une sphère limitée ; chacun d'eux n'en peut sortir, empiéter sur d'autres attributions, sans se trouver arrêté par la résistance des autres pouvoirs.

La tendance de chaque pouvoir à exagérer son rôle est ainsi contenue par la tendance identique des autres.

— « Les tyrans divisent le peuple pour régner, disait St-Just à la Convention ; divisez le pouvoir, si vous voulez que la liberté règne à son tour ».

« L'accumulation de tous les pouvoirs, législatif, exécutif » et judiciaire, dans les mêmes mains, soit d'un seul homme, » soit de quelques uns, soit de plusieurs, soit par l'hérédité, » par la conquête, ou par l'élection, peut justement être » considérée comme la *définition de la tyrannie*». Qui parle ainsi ?—Madison en 1788(50)—«Tout pouvoir continue-t-il, » est naturellement envahissant et doit être mis efficace- » ment dans l'impossibilité de franchir les limites qui lui » sont assignées. Après avoir classé en théorie (?) les diffé- » rentes sortes de pouvoirs suivant qu'ils peuvent être de » nature législative, exécutive ou judiciaire, la chose la plus » importante et la plus difficile est de les garantir pratique- » ment contre leurs usurpations naturelles ? (51).

Ces passages du Fédéraliste demandent à être complétés par les célèbres paroles que prononçait Washington en 1796 au Congrès américain dans son discours d'adieu : « Il importe, disait-il, que les hommes qui participent aux » affaires publiques d'un pays restent toujours strictement » dans leur compétence et se gardent d'empiéter sur celle » d'autrui. Cet esprit d'usurpation tend toujours à s'emparer » de tous les pouvoirs et mène aussi toujours au despotisme. » Qu'il suffise pour le prouver, de rappeler combien l'amour » de la domination et la tendance à en abuser sont naturels » au cœur de l'homme. De là, *la nécessité d'équilibrer les* » *pouvoirs publics, en les divisant* et en les subdivisant » *entre plusieurs détenteurs, naturellement jaloux de leurs* » *attributions.*

(50) *Fédéraliste*, page 398.

(51) page 409 du Fédéraliste.

« Il est aussi nécessaire de retenir les pouvoirs dans leurs » bornes, que d'établir ces bornes mêmes. »

Les auteurs modernes ne pouvaient trouver de meilleure formule pour exprimer la même pensée. Bornons-nous à citer *Esmein* : « Les limites et les règles que présentent la » loi ou la Constitution pour l'exercice des divers attributs » de la souveraineté nationale,seront fatalement méconnues » ou franchies sous le gouvernement représentatif, si on ne » leur donne pas, pour gardiens et pour sentinelles vigilantes, » des représentants distincts de la souveraineté, que leur » propre intérêt poussent à défendre leurs pouvoirs et leurs » prérogatives respectives. ». (52)

231. Spécialisation des fonctions. La *science moderne* justifie la théorie de Montesquieu par un *second argument.*

Cet argument, elle l'emprunte à l'Economie politique.

C'est le principe de la *division du travail.*

Les sociologues se sont approprié ce principe.

Mais ils en ont rectifié la notion et l'énoncé et ils l'appellent : *Spécialisation des fonctions économiques.*

En droit constitutionnel,la division des pouvoirs n'est aussi rien d'autre, fondamentalement du moins, que la *spécialisation des fonctions de l'Etat.*

Quand une tâche est complexe, il faut la diviser en tâches *distinctes,* que l'on confie ensuite aux personnes les plus aptes.

Est-il tâche plus complexe que celle de l'Etat ?

Légiférer, gouverner, administrer, juger.

Voilà certes des fonctions bien distinctes exigeant des aptitudes bien différentes.

On ne peut être à la fois — bon législateur — bon ministre — bon administrateur — bon juge.

Quoi de plus sage, que d'instituer des organes distincts,

(52) *Éléments* page 274.

que d'avoir recours à des *personnes, ou à des corps différents* pour exercer chacune des fonctions ?

Il sera ainsi possible d'introduire dans l'organisation de chaque pouvoir les caractères qui y correspondent et d'en *assurer* le meilleur — le parfait fonctionnement.

— Cet argument défie toutes les contradictions.

« L'œil est fait pour voir, l'oreille pour entendre, la bou-
» che pour parler, dit *Blunstschli* (53).

» Le corps de l'Etat doit présenter un organisme sembla-
» ble. Chaque organe de l'Etat, créé en vue d'une fonction
» spéciale, *la seule qu'il ait à exercer*, sera naturellement
» plus parfait en lui-même et dans son action ».

Et, dès lors, il importera — dans l'étude de chacun des pouvoirs—de préciser le rôle à lui confier et de rechercher en conséquence la structure qui paraîtra pour chacun la plus convenable, la mieux adéquate à son rôle.

232. Objection : Indivisibilité de la Souveraineté.

Dès le XVIIIe siècle, on rencontre, opposée au principe de Montesquieu, l'objection tirée de *l'unité et de l'indivisibilité de la souveraineté*, objection cent fois reproduite depuis et cent fois réfutée.

On est étonné de la retrouver dans *Orlando* (54).

Oui, sans doute, la souveraineté est une, la puissance publique est une, elle ne peut pas avoir des volontés contradictoires.

(54) Orlando reproche à la théorie de Montesquieu d'être « en contradic-
» tion avec le principe essentiel, qui consiste à voir dans l'Etat un organis-
» me ... dont toutes les fonctions sont coordonnées au point de se fondre
» dans une grande unité. Par cette séparation mécanique entre les divers
» pouvoirs de l'Etat, la vie n'y devient guère plus possible qu'elle ne le se-
» rait dans un organisme humain, si on en séparait les organes (?). Dans la
» pensée de Montesquieu, la séparation des pouvoirs devait produire l'équili-
» bre entre eux ; c'est par là que sa théorie mérita le nom de théorie des
» contrepoids ; il est évident que cet équilibre poussé à ses dernières consé-
» quences devait finir dans l'immobilité ou dans l'inaction, c'est-à-dire
» devait rendre impossible la vie de l'Etat. (*Orlando* passe ici de la première
» objection à la seconde.

Mais elle est appelée à exprimer des volontés, à prendre des décisions, à émettre des ordres dans des hypothèses fort variées, dans des domaines distincts.

Rien n'empêche que pour telle hypothèse l'autorité publique soit incarnée dans tel organe, et qu'elle exprime sa volonté unique par tel autre organe dans telle autre circonstance différente.

Il en est de l'Etat comme de l'être humain.

La personnalité, la vie humaine, cesse-t-elle d'être une, parce que ses opérations s'effectuent, suivant leur espèce, à l'aide d'organes distincts, l'œil, la bouche, l'oreille ?

Dans tous les phénomènes de nos sens, c'est une même individualité qui apparaît. En assurant la coordination, l'harmonie des pouvoirs, on obtient aussi que l'Etat apparaisse comme individualité unique, dans les domaines législatif, judiciaire, gouvernemental et administratif.

En d'autres termes, comme l'affirme *Bluntschli* (55) *la division des pouvoirs n'est qu'une distinction de fonctions et qu'une division d'organes, elle respecte l'unité du pouvoir souverain.*

Palma examine également l'objection dans son Cours de *Droit constitutionnel* (56).

« Montesquieu eut conscience de la difficulté ; il se vit contraint d'ad» mettre qu'en définitive l'un de ces pouvoirs prévaudrait sur les autres, » puisque c'était le seul moyen de résoudre les conflits qui pourraient s'éle» ver entre eux ; quant à lui, il était porté à attribuer la prééminence au » pouvoir législatif, qui, dans sa pensée, représentait l'élément populaire et » démocratique. Cette idée, qui n'était qu'en germe dans ses écrits, fut dé» veloppée par les publicistes postérieurs ; elle a produit cette forme dégé» nérée de la théorie du gouvernement représentatif, dans laquelle tous les » pouvoirs publics sont subordonnés au pouvoir législatif, en reçoivent leur » direction et ont en lui la base légitime de leur autorité. Ainsi, par un effet » curieux, mais naturel, cette théorie qui a sacrifié la conception organique » de l'Etat à la recherche d'une garantie contre le despotisme, finit » par légitimer le pire des despotismes, c'est-à-dire celui d'une majorité » numérique. Il est temps que la science du droit public et constitutionnel » se débarrasse, sans tempérament et sans équivoque, de ces erreurs fonda» mentales et qu'elle reconstitue toute la théorie de la séparation des pouvoirs » sur des bases entièrement différentes ». (Principes de Droit public, n° 89).

(55) I, page 458.

(56) I page 188.

Charles Malcom Platt dans l'article, souvent cité, publié par lui dans la *Political science quaterly* (57) a mis en vive lumière à la fois l'Unité de la souveraineté et sa compatibilité avec la distribution de la puissance publique, en plusieurs pouvoirs et entre de multiples organes.

« Que le souverain soit nécessairement unique, dit-il, c'est un lieu » commun dans la théorie de l'Etat. Hobbès, par exemple, affirme qu'il y » a une doctrine pleinement et directement contraire à l'essence de » l'Etat ; c'est la doctrine de la divisibilité du pouvoir suprême. Di» viser le pouvoir de l'Etat, c'est le dissoudre : des pouvoirs divisés se » détruisent mutuellement l'un l'autre (58). Considérons brièvement la » nature de cette unité, les fondements ou motifs de sa nécessité et les » conditions de sa réalisation.

» Cette unité, pensons-nous, ne requiert pas que le souverain consiste » nécessairement en une personne unique. Ce qu'elle exige, c'est que, si » le souverain est composé, il agisse comme si le souverain était une » seule personne dans l'accomplissement de ses fonctions: en un mot, il » doit constituer un tout *fonctionnel*. L'unité de la souveraineté découle » de son objet. Elle doit avoir la capacité intrinsèqne d'élaborer un corps » pratique de commandements et non un mélange d'injonctions se croisant » l'une l'autre et se heurtant l'une l'autre (59). Evidemment cette capa» cité ne peut appartenir à deux, ni à plusieurs centaines d'autorités, » n'ayant aucune relation entre elles, appelées à remplir la fonction sou» veraine sur une même communauté.

» Il n'y a pas de réelle organisation civile, il n'y a pas de véritable » relation de souverain à sujet sans l'obéissance générale de la part des » gouvernés. Or, dans une société présentant des autorités politiques en» tièrement indépendantes dans leurs opérations, de telle sorte que le » hasard seul pourrait empêcher leurs commandements de tomber en per» pétuelle collision, l'obéissance générale est inconcevable. *Nullus homo » potest duobus dominis servire.*

» Les conditions de l'unité fonctionnelle du souverain ont déjà été in» diquées. Si le souverain est individuel, l'unité va de soi.

« *Si le Souverain est composé*, l'unité dépendra de son organisation. Ses » éléments doivent être coordonnés ou subordonnés de telle sorte que de » leurs travaux associés résulte pour les sujets dans l'Etat un plan exécu» table de devoirs légaux, un plan tel que, mis en œuvre, il apparaisse » comme un véritable ordre civil.»

(57) Juin 1895.

(58) Léviathan, ch. XXIX.

(59) Kings James Address to Parliament 1609. See Westminster Review, CXXI, 458.

Après avoir décrit ensuite l'organisation complexe mais parfaitement coordonnée des pouvoirs publics fédéraux et nationaux aux Etats-Unis, *Malcom Platt* conclut :

« *L'unité du souverain réalisée par cette organisation* est telle que, né- » gligeant certains petits défauts, elle constitue pour chaque sujet de » l'Etat un système harmonieux et pratique de règles juridiques positives, » sans l'exposer jamais à des contradictions, ni à des impossibilités. Le » citoyen américain, dit Macy (60), ne vit pas sous moins de cinq gouver- » nements. — Pourtant les devoirs légaux du citoyen sont aussi certains » que ceux d'un sujet du Czar de Russie.

» Les moyens employés à cette fin sont pareils à ceux d'une grande usi- » ne dans laquelle deux ou plusieurs systèmes de machines sont à l'œuvre, » dont les roues tournantes s'entremêlent apparemment, leurs cables se » croisent l'un l'autre et chaque machine fait son œuvre sans toucher ni » embarrasser l'autre (61) ».

(60) Our government.

(61) The American commonwealth I. 318. Ceci détruit l'une des objections posées par Mercier de la Rivière. « L'on place dans une main le pouvoir législatif, et dans une autre le dépôt de la force publique. A laquelle des deux autorités faudra-t-il obéir, lorsque les lois de la première et les commandements de la seconde seront en contradiction ? » La *contradiction* entre les prescriptions du législateur et les actes du pouvoir exécutif, répondons nous, n'est guère possible.

En effet, les deux pouvoirs décident et commandent dans des sphères complètement distinctes. Leur compétence est délimitée d'une manière prévue par la Constitution.

Le pouvoir exécutif d'ailleurs, par son essence même, *dans ses rapports avec le pouvoir législatif du moins*, joue un rôle secondaire. Il est subordonné au pouvoir législatif comme le particulier l'est au général. Dès que le législateur a commandé, le pouvoir exécutif n'a qu'à s'incliner. Il est le sujet de la loi.

Sans doute le gouvernement peut commettre des actes illégitimes comme le législateur peut empiéter sur les prérogatives du gouvernement, et alors la *contradiction* dont on parle pourrait surgir. Mais pour admettre cette hypothèse de commandements contradictoires, il faut supposer l'*usurpation*. Or, les Constitutions peuvent bien prendre des précautions contre l'usurpation et la tyrannie, mais elles ne peuvent la prévoir ni compter avec elle. Aucune constitution n'a cette vertu « Il y a, dit de Toc- » queville (Démocratie en Amérique, I - VIII), dans la Constitution de » tous les peuples, *un point*, où le législateur est obligé de s'en rapporter au » bon sens et à la vertu des citoyens ;.... il n'y a pas de pays où la loi puisse » tout prévoir et où les institutions puissent tenir lieu de la raison et des » mœurs ». En Droit, il n'y a aucun moyen de trancher un conflit entre

Au surplus, *Orlando* (62) fait remarquer avec raison que la distinction des fonctions se manifeste dans des institutions déterminées......; loin d'être une vérité théorique, elle trouve sa ... « garantie dans des règles de droit public régu- » lièrement promulguées. De là une très grave conséquence » lorsque l'activité de l'Etat se manifeste dans une de ses » principales directions, elle ne doit pas sortir du cercle » dans lequel elle s'exerce et il faut qu'elle respecte les condi- » tions de son légitime exercice. Ainsi, l'acte législatif, l'acte » exécutif, l'acte judiciaire sont *distincts les uns des autres,* » *non seulement par leur matière, mais encore par leur for-* » *me...* ».

La seule conséquence à tirer de l'objection, c'est donc qu'il faut organiser soigneusement les pouvoirs de manière à assurer leur coordination, mais aussi qu'il faut réglementer leur fonctionnement, leur imposer une procédure, *les renfermer dans des formes distinctives et protectrices.* C'est là, disons-nous avec Orlando, une des plus grandes garanties de la liberté civile.

Nous reviendrons sur cette idée, que nous considérons comme très suggestive.

233. Objection : inégalité des pouvoirs.

La seconde objection prétend que le principe de Montesquieu est impraticable. L'abbé Raynal au XVIII[e] siècle lui reproche de créer la lutte entre les organes de la puissance publique et d'instituer l'anarchie des pouvoirs. En cas de désaccord entre eux, comment la la Souveraineté pourra-t-elle fonctionner ?

Il est puéril, impossible, d'appliquer à l'Etat les lois de la physique.

les pouvoirs. V. l'étude du C[te] *de Franqueville* sur la séparation des pouvoirs dans les *Annales de l'Académie des sciences morales et politiques.* Octobre 1891.

(62) page 95.

Mercier de la Rivière (V. ci dessus page 362) et *Condorcet* à la Convention(63) développent avec force cette critique.

Il n'y a, pensent-ils, rien de sérieux dans la doctrine des contreforces ou de la pondération des pouvoirs.

La balance, l'équilibre des pouvoirs ne peut exister : leur séparation est contraire à la nature des choses ; ou bien les pouvoirs seront de force égale, et ce sera l'inertie, l'impuissance, ou ils seront de force inégale et le plus FORT triomphera : la division sera dès lors purement illusoire.

Palma observe que cette objection est au fond purement théorique et trouve sa meilleure réfutation dans les faits et principalement dans l'histoire politique de l'Angleterre. Quel peuple a marché plus tôt et plus rapidement dans la voie du progrès politique ?(64) Montesquieu lui même avait prévu déjà cette objection et y répondait adéquatement. « Les trois » puissances devraient former un repos ou une inaction. » *Par le mouvement nécessaire des choses, elles seront con-* » *traintes d'aller, elles seront forcées d'aller de concert* ».

Les faits ont en définitive donné raison à Montesquieu. Est-ce qu'en Angleterre, aux Etats-Unis, en Belgique, la division des pouvoirs a produit l'immobilité, entravé la marche de l'Etat, contrarié le fonctionnement de la puissance publique ?

Paul Janet, rencontre à son tour l'argument, qu'il formule avec beaucoup de netteté (65).

« Ou les trois pouvoirs de l'Etat marchent d'accord, dit-il, » ou ils sont en dissentiment. S'ils marchent d'accord, ils » forment une unité, et leur action est souveraine et absolue, » et ils peuvent abuser du pouvoir, tout aussi bien qu'un » monarque, tout aussi bien que le peuple lui même. Ne

(63) La critique de Condorcet à la Convention est reproduite par Wilson, dans l'ouvrage dont il sera question plus loin : *Le gouvernement congressionnel.*

(64) Droit constitutionnel, I, page 188.

(65) II, pages 372 ss.

» peut-il pas arriver qu'en un pays protestant, le roi, les » chambres, les tribunaux soient tous d'accord pour opprimer les catholiques ? Où est la garantie pour la liberté ? » *Si au contraire on suppose les pouvoirs en dissentiment*, il » n'y aura pas d'action; les tiraillements gêneront l'exécution. » Ce sera l'immobilité ou l'anarchie ».

Il faut répondre avec *Paul Janet:*

1°) La division des pouvoirs n'est pas la séparation des pouvoirs. « L'Etat, dit *Bluntschli*, exige *division* et *liaison* « des pouvoirs ». La division n'est pas l'isolement. Il faut, selon Janet, « unir et accorder les pouvoirs. L'indépendance même des pouvoirs exige que chacun d'eux ait une certaine part dans l'action de l'autre. La division des pouvoirs n'est qu'un principe général, ce n'est pas un principe absolu. Si le pouvoir législatif ne peut rien sur l'exécutif, celui-ci rendra le premier tout à fait vain ; si l'exécutif ne peut rien sur le législatif, celui-ci s'emparera de l'exécutif ». On a tort de raisonner comme s'il s'agissait de 3 pouvoirs complètement isolés, complètement étrangers l'un à l'autre, ce qui n'est pas et ne peut-être.

2° La division des pouvoirs, pas plus que les autres institutions politiques ne peut remédier à tous les abus, prévenir tous les maux.

En fait, chacun des pouvoirs, ayant un rôle déterminé, constitue pour les deux autres un frein. L'action du gouvernement trouve évidemment une limite dans celle des deux chambres.

Le despotisme parlementaire est certainement empêché par l'indépendance de l'exécutif. Les empiétements du pouvoir judiciaire lui même trouvent un frein dans l'autonomie du législateur et du gouvernement. Sans doute, l'accord des trois pouvoirs supprimerait toute garantie, mais y a-t-il une protection possible contre ce danger ? D'autre part ce danger n'est-il pas de pure imagination ? Est-il à craindre que dans un Etat constitutionnel, jouissant de la liberté de la presse,

des libertés de réunion et d'association, pourvu d'institutions représentatives fortement organisées, les trois POUVOIRS arrivent à être accaparés par une minorité despotique et tyrannisent la nation ? L'hypothèse est purement fantaisiste. L'opinion publique, la presse, les associations, la toute puissance du corps électoral, ne permettent guère que cette hypothèse se réalise.

L'hypothèse d'un *désaccord* persistant, durable entre les pouvoirs, n'est guère plus plausible. Les meilleurs gouvernements ne valent qu'en raison de l'esprit public qui les soutient. *Si cet esprit public fait défaut*, tout ira mal, le moindre conflit entre les pouvoirs produira des déchirements, et livrera l'Etat à l'anarchie, à la guerre civile. Mais étant donné un certain développement politique et un certain progrès dans les institutions en rapport avec ce développement, *l'esprit national pénètre et soutient les divers organes de la Souveraineté.* « L'on ne voit pas les corps politiques, comme dit » P. Janet (p. 374), mettre leur intérêt *au dessus de l'amour* » du pays ; la bonne volonté de ceux qui exercent les pouvoirs » publics amène des concessions réciproques ; elle évite à » l'Etat ces tiraillements, et ces crises d'anarchie, qu'enfan- » tent nécessairement, sous tous les régimes, l'égoïsme indi- » viduel, l'absence de tout sentiment national et de tout » esprit de sacrifice à la chose publique. Là, où le sentiment » national et l'esprit politique sont developpés, l'opposition » des pouvoirs peut bien amener une certaine lenteur dans » les affaires, mais n'est-ce pas un bien ? *Ce ralentissement* » *produit la réflexion, le calme, l'apaisement.* La lutte des » pouvoirs engendre la lumière et la modération des déci- » sions, tandis que la précipitation des décisions est une » source d'erreurs et d'excès. »

Certes, un pouvoir peut exercer une influence dominante; il en sera presque toujours ainsi du pouvoir législatif, qui, par le vote des lois et des budgets, est le régulateur des autres.

Mais en quoi cette influence dominante empêche-t-elle

les divers pouvoirs de se contrôler les uns les autres et d'opposer au besoin sur le terrain l'égal des résistances pacifiques qui sauvegardent la liberté ? (66) Ne faut-il pas *dire, au contraire, que l'excès d'influence,* dont peut disposer l'un des pouvoirs, est un motif de plus pour protéger et fortifier l'autonomie des autres, augmenter leur force de résistance ?

234. Critiques contemporaines. Le principe de Montesquieu n'a plus aujourd'hui pour adversaires que des publicistes qui l'entendent mal, et dont les objections n'atteignent dès lors que l'interprétation inexacte qu'ils en donnent. Pourtant, il s'est rencontré aux Etats-Unis un écrivain dont les critiques acerbes ont fait sensatisn. Il s'agit de M. Woodrow Wilson, l'auteur d'une récente étude sur la politique américaine (67). Le principal reproche qu'il fait à la division des pouvoirs, c'est de supprimer dans le gouvernement *l'unité de direction et d'éparpiller les responsabilités.*

Wilson prend à partie « ce sectionnement de l'autorité, » ce découpage en petits morceaux, dit-il, qui est le but de » la Constitution des Etats-Unis. Chaque branche du gou- » vernement est accompagnée d'une petite dose de responsa- » bilité, dont les applications limitées offrent à chacune de » nombreux échappatoires.

» Tout coupable soupçonné peut rejeter la faute sur son » voisin.

» Comment la nation pourrait-elle connaître à qui il faut donner le fouet ? »

Wilson ajoute que la séparation exacte des pouvoirs n'existe que dans la théorie littéraire de la Constitution, ce que Condorcet appelait le « livre de la loi »; en fait, la direction du gouvernement tout entier, appartient aux Comités permanents du Congrès.

(66) Esmein, page 282.

(67) Congressional government, Boston 1890 — p. 284 — 290. Cet ouvrage vient d'être traduit — V. les appréciations d'Esmein, pages 280 ss.

En faisant cette constatation, il ne fait que confirmer ce que nous avons dit nous même des rapports, des contacts inévitables qui se sont introduits entre la législature et l'exécutif, à raison de l'isolement où la Constitution américaine place ce dernier pouvoir.

Quant à sa critique fondamentale, elle est entachée d'une évidente exagération.

L'unité de direction de l'Etat ne saurait être compromise que par la séparation absolue des pouvoirs : or, il n'en saurait être question. Il est bien certain que des rapports constants doivent s'établir entre eux, et que leur action doit être *coordonnée* soigneusement.

Quant à la responsabilité, elle nous paraît bien mieux assurée *dans le système qui confie à des organes distincts, sous leur responsabilité* propre, des attributions bien déterminées, que dans le système de confusion des pouvoirs et *des attributions,* ne confiant à aucun agent de l'autorité l'exercice *autonome* d'aucune charge distincte, et ne pouvant *alors* faire peser sur lui aucune responsabilité précise et efficace.

La critique de Wilson ne serait vraie que si l'on outrait la division, de manière à éparpiller les fonctions, que si l'on s'avisait de *découper en morceaux* les attributs de la puissance publique.

Mais il ne s'agit que de vastes et fondamentales divisions, du démembrement de la puissance publique *en trois ou quatre branches* bien distinctes. Le paragraphe qui va suivre le montrera clairement.

§ 4. Notion et classement des pouvoirs.

235. Ancienne doctrine. Il ne suffit pas de proclamer le principe de division des pouvoirs, d'en expliquer le sens exact et la portée.

Pour réaliser cette division, assurer l'indépendance des pouvoirs, et prévenir leurs conflits, la *tâche essentielle* est de définir exactement chacun

d'eux, de déterminer d'une façon précise son rôle, sa sphère d'action, sa compétence. C'est l'un des problèmes fondamentaux, que le Droit public moderne cherche à résoudre.

Sur ce sujet, les anciens auteurs ne fournissent que peu ou pas d'éclaircissement.

Aristote ne fait qu'indiquer les choses essentielles à considérer dans les Etats pour les organiser et les distinguer.

Locke au XVII[e] siècle donne des trois pouvoirs une notion peu satisfaisante.

Le pouvoir législatif est pour lui le pouvoir de déterminer les offenses, la compensation, la réparation et la peine ; cette formule paraît comprendre le pouvoir judiciaire ; le pouvoir exécutif serait le pouvoir de faire ce qui est convenable pour la protection des intérêts particuliers et publics.

Le pouvoir *confédératif*, uni ordinairement à l'exécutif, serait le pouvoir de faire la paix et la guerre.

Pourquoi faire du pouvoir confédératif un pouvoir séparé? Les relations internationales ne relèvent-elles pas de la compétence du gouvernement, parfois même des tribunaux? Les intérêts internationaux sans doute sont d'un ordre spécial; ils sont distincts des autres intérêts. Mais la division des pouvoirs de l'Etat, ou, comme dit Locke, *des prérogatives essentielles à l'existence de l'Etat*, n'est pas fondée seulement sur la diversité des *intérêts*, dont l'Etat s'occupe, mais encore sur la *diversité des modes* d'agir de l'Etat

Enfin, Locke commet une grave erreur en négligeant complètement le pouvoir judiciaire.

Montesquieu a suivi plus ou moins la théorie de Locke. Il s'en rapproche en définissant le pouvoir exécutif, *la puissance exécutrice des choses qui dépendent du Droit des gens* (jus gentium), par laquelle le prince ou le magistrat fait la paix ou la guerre, envoie ou reçoit des ambassadeurs. établit la sûreté, prévient les invasions.

L'auteur de l'*Esprit des lois*, s'élève toutefois bien au-dessus de Locke en érigeant la fonction judiciaire en pouvoir

indépendant. Il définit ce pouvoir : la puissance exécutrice des choses qui dépendent du Droit civil, par laquelle le prince ou le magistrat punit les crimes ou juge les différends des particuliers.

On avouera que ces définitions ne jettent pas une vive lumière sur la nature propre des grandes fonctions de l'Etat.

Commençons par indiquer exactement ce que nous appelons pouvoirs.

236. Notion des pouvoirs. *Les pouvoirs sont les démembrements constitutionnels de la puissance publique, les grandes divisions* ou les *branches* principales de la souveraineté, ou encore *les grandes fonctions distinctes* de l'Etat : la fonction gouvernementale et administrative ; la fonction législative ; la fonction judiciaire. *Sieyès* y voyait autant de procurations distinctes de la souveraineté nationale.

Elles sont pour l'Etat ce que sont, pour l'homme, ses facultés : pouvoirs distincts se manifestant par des actes qu'on ne saurait confondre : sentiments ; pensées ; volitions.

Les pouvoirs sont les facultés de l'Etat, ses modes distincts d'agir, ses grandes fonctions définies par la Constitution, et confiées par elle à des organes, à des titulaires plus ou moins autonomes.

237. Confusions et faux points de vue à éviter. Cette définition nous permet d'écarter immédiatement certains faux points de vue, prêtant à graves confusions, rendant impossible toute netteté dans les idées, tout classement logique des pouvoirs.

Ainsi, nombre d'écrivains ne séparent pas l'étude des pouvoirs de l'Etat de celle de ses *organes*, et mélangent dès lors les questions concernant la distinction et la division des pouvoirs avec les questions relatives aux attributions propres des divers organes de la puissance publi-

que. Ils en arrivent ainsi à qualifier erronément de pouvoirs les institutions constitutionnelles (la Royauté — l'institution ministérielle — les chambres — le corps électoral), ou certaines attributions des autorités : ils parlent du *pouvoir modérateur,* lequel n'est qu'une prérogative royale, et d'un pouvoir *confédératif, représentatif* ou *externe,* qui n'est qu'une dépendance de l'exécutif, *du pouvoir réglementaire*... etc.

Parfois l'on confond pouvoir et *force* ou *influence* politique, et l'on parle du *pouvoir de l'opinion,* du quatrième pouvoir, qui serait la presse : la presse n'est qu'une liberté publique et non une autorité.

Puisqu'il ne s'agit que des pouvoirs *de l'Etat,* il n'y a pas lieu d'employer ce terme pour qualifier l'*Eglise,* laquelle est dotée d'une souveraineté distincte, d'ordre tout différent, ni pour qualifier les *administrations provinciales ou communales,* malgré l'autonomie qui leur est assurée *dans* l'Etat.

Trendelenbourg (68) admettait à côté des trois pouvoirs classiques un pouvoir militaire.

Romagnosi (69) admet également ce pouvoir sous le nom de *potere costringente.*

Sans doute la force *militaire* est indispensable aux Etats, mais c'est là un élément subordonné aux pouvoirs publics, ce n'est pas un pouvoir. Sinon, il faudrait encore en admettre d'autres, un pouvoir financier par exemple ; car l'Etat a autant besoin de ressources financières que d'armée.

Il ne faut pas confondre *les fonctions* de l'Etat avec les moyens, dont il doit disposer pour les remplir. La force militaire les ressources d'argent sont des *moyens* indispensables à l'Etat pour exercer sa mission ; *les armes et les deniers* ne sont pas des fonctions de l'Etat.

On se tromperait encore en se plaçant, pour classer les

(68) Philosophia del Diritto — V. Palma I. p. 193.
(69) Scienza delle Costituzione, Parte 1, C. VIII.

pouvoirs, au point de vue des diverses tâches que comporte la mission générale de l'Etat. Ce serait confondre les pouvoirs, les fonctions, les modes d'activité de l'Etat, avec les domaines où cette activité doit s'exercer, avec les intérêts vis-à-vis desquels son intervention se produit. *Bluntschli* fait cette confusion (70) en proposant deux nouveaux pouvoirs: *Statscultur*, le soin des intérêts civilisateurs, de la culture publique, et *Statswirtschaft*, l'administration des intérêts matériels, l'économie publique.

Palma (71) rejette avec raison ces deux pouvoirs imaginés par Bluntschli. Le soin des intérêts spirituels ou matériels de la société, dit-il, comme le règlement des affaires internationales, la sécurité extérieure et intérieure, relèvent du pouvoir exécutif ou administratif, du *gouvernement*. Il serait encore plus exact de dire que l'activité des *trois pouvoirs* peut porter sur des matières intéressant la sécurité extérieure ou intérieure, les affaires internationales, les intérêts matériels et spirituels du pays. La culture publique et l'Economie publique relèvent de l'Etat tout entier. On ne peut en faire des pouvoirs séparés.

Nous ne suivrons donc pas les auteurs qui multiplient à plaisir les pouvoirs: *Romagnosi*, par exemple (72), adversaire décidé de la division des pouvoirs dans la monarchie constitutionnelle, qui propose néanmoins d'admettre *huit* pouvoirs distincts, parmi lesquels un pouvoir modérateur confié à trois chambres, un pouvoir postulant, chargé des recours aux autres pouvoirs au profit de tous les citoyens, un pouvoir coactif (la force armée), un pouvoir prédominant (l'opinion publique), un pouvoir certificateur (correspondant aux fonctions de procédure volontaire ou gracieuse).

Un vieil auteur, *Schmittenner* (73) propose de multiples classements des pouvoirs en se plaçant successivement aux

(70) I, p. 463.
(71) I, page 192.
(72) Scienza delle Costituzione – V. Palma I, p. 187.
(73) Son livre sur l'Etat date de 1811.

points de vue de leurs modes d'activité, de leur action sur les personnes et sur les choses, de leur rôle à l'intérieur du pays et à l'extérieur, de leurs attributions centrales ou locales. Enfin, il réclame un pouvoir inspectif : idée que divers auteurs acceptent, particulièrement en Allemagne. Il en sera question ci-après à propos du pouvoir constituant.

Mentionnons enfin la théorie de *Cherbuliez* (74), qui n'admet comme pouvoirs que les fonctions diverses du gouvernement, c'est-à-dire de l'exécutif seulement, et qui aboutit, comme le demande aussi l'auteur anglais *Woolsey*, à identifier les pouvoirs avec les divers départements ministériels. On pourrait rapprocher de cette opinion la curieuse doctrine, dont parle M. Michoud (75), consistant à ériger en personnalités distinctes, en autorités indépendantes par conséquent, non seulement les départements ministériels, mais tous les grands services de l'Etat.

238. Double base de la division des pouvoirs. Le seul moyen d'échapper à ces faux points de vue est de s'attacher énergiquement et exclusivement aux motifs mêmes, sur lesquels repose aujourd'hui la règle de Montesquieu.

Ces motifs, nous le savons, sont au nombre de deux : l'un est d'ordre politique, il consiste à ériger la division des pouvoirs en garantie de la liberté ; l'autre est plutôt d'ordre théorique ou juridique, il prône dans la division des pouvoirs la spécialisation des fonctions de l'Etat.

La division des pouvoirs doit donc être à la fois juridique et politique, et c'est pourquoi nous ne nous rallierons pas à l'idée émise par quelques auteurs, de substituer à cette expression traditionnelle celle de division des fonctions.

Le terme pouvoir prête sans doute à confusion, puisqu'il s'emploie très souvent pour désigner les organes de l'Etat et

(74) *Théorie des garanties constitutionnelles.*

(75) La théorie de la personnalité morale, I. page 276.

qu'il s'applique même aux administrations provinciales et communales. Mais l'expression division des fonctions paraît trop abstraite ; elle semble faire croire que l'application du principe de Montesquieu repose *seulement* sur une rigoureuse distinction logique et juridique des différentes manières d'agir de l'Etat, tandis qu'elle s'appuie aussi, et peut être principalement, sur des raisons de fait, sur une nécessité d'ordre politique : le soin d'établir, selon le temps et les lieux, des garanties sérieuses et efficaces contre le despotisme et l'arbitraire,

C'est en France surtout que l'on a discuté les bases du classement des pouvoirs, et le problème y a donné lieu à une vive controverse.

Les uns divisent les pouvoirs de l'Etat à raison de la diversité des matières, sur lesquelles l'action de l'Etat s'exerce.

Les autres au contraire les divisent à raison de la *diversité des fonctions*, que remplit l'Etat, ou des actes qu'il fait, quels que soient les matières et les intérêts en jeu.

La division par matières paraît prévaloir, et c'est de ce principe qu'on est parti pour donner à la justice administrative une étendue exagérée, une compétence, dont s'est trouvée réduite à l'excès celle du pouvoir judiciaire.

Notre opinion est qu'il faut combiner les deux ordres d'idées, prendre pour règle non seulement de spécialiser les fonctions confiées à chaque pouvoir, et ce dans la mesure du possible, mais aussi d'attribuer aux organes de chacun des pouvoirs les fonctions et les droits, que des raisons de prudence ou de nécessité politique commandent de leur confier, à raison des garanties qu'ils présentent au point de vue des matières à traiter et de l'importance des décisions à prendre.

Comme le pense *Orlando*, les actes de l'Etat comportent des distinctions de forme : il importe que les citoyens sachent quand ils se trouvent en présence d'un acte législatif, d'un acte gouvernemental ou administratif, ou d'un acte judiciaire

(arrêt ou jugement). Eh bien, la science politique recommande de donner parfois, à certains actes, une forme autre que celle qu'indiquerait théoriquement leur nature propre. Elle admet par exemple de nombreux *actes en forme législative,* qui ne sont pas des lois ; exemple : les naturalisations, les budgets. Elle veut que ces actes émanent du pouvoir législatif comme les lois et passent par une procédure identique. C'est donc qu'il y a lieu, à raison de l'importance de ces matières, de ne pas se contenter des garanties que fournissaient les autorités administratives, dont ces actes relèvent théoriquement, d'exiger des garanties plus complètes et plus efficaces, qui se rencontrent précisément dans l'organisation et le fonctionnement d'un autre pouvoir : dans l'espèce, le pouvoir législatif. En sens inverse, nous verrons qu'il n'a pas semblé indispensable d'entourer des garanties que présente le pouvoir judiciaire toutes les décisions rendues sur des différends quelconques, qu'il a été possible de déclasser les contestations ne concernant que de purs intérêts, pour n'assurer l'inviolabilité des formes et de la compétence judiciaire qu'aux conflits relatifs à l'application du Droit pénal, et à la sanction des droits individuels (civils ou politiques).

239. Théorie à répudier. Pour parvenir à classer et à définir les pouvoirs et leurs fonctions, il importe donc de se débarrasser des points de vue abstraits et notamment des théories nuageuses des philosophes allemands.

Il n'y a rien à tirer de la triade de *Kant* (76). ni du Moi souverain, voulant et agissant de *Stein* (77). Il faut surtout répudier comme erronée et radicalement insuffisante, la

(76) V. ci-dessus, n° 216.

(77) *Stein* distingue dans l'Etat trois éléments : d'abord la personnalité, le moi souverain, puis la volonté consciente qui correspond au pouvoir législatif : enfin l'action, la mise en œuvre de certains moyens (pouvoirs exécutif et judiciaire). — V. Palma, I, page 190.

théorie vulgaire, d'après laquelle le rôle respectif des pouvoirs consisterait à faire, à exécuter et appliquer des lois.

On ne trouvera aucun point d'appui pour cette théorie chez Montesquieu ni ses successeurs, lesquels, d'ailleurs, il faut le reconnaître, ne se sont pas attachés à distinguer et à définir les pouvoirs.

Il paraît bien que Kant a contribué à répandre la théorie en lui donnant une forme symétrique, syllogistique même. La plupart des auteurs et des écrivains modernes l'ont adoptée sans examen ; le gros public l'a trouvée simple, satisfaisante pour l'esprit et pour la mémoire. Et tout le monde — gens instruits ou non — la répète aujourd'hui, sans se donner la peine d'y réfléchir. Il suffit cependant d'un peu d'attention pour se rendre compte que la théorie vulgaire est inadmissible ; elle méconnait le rôle de l'Etat, elle n'est vraie pour aucun des pouvoirs, elle conduit à n'admettre qu'un seul pouvoir souverain, le législatif, auquel les autres seraient subordonnés. Ces divers points réclament quelques développements.

240. La théorie vulgaire méconnaît le rôle de l'Etat.

Il ne peut faire doute que la théorie vulgaire méconnaît le rôle de l'Etat. Elle suppose, en effet, que l'Etat n'a d'autre mission que celle de faire régner, de réaliser le droit, qu'il n'a rien d'autre à faire que des lois, dont il aurait ensuite à surveiller et à assurer l'exécution et l'application, qu'il n'a aucun rôle intellectuel, économique, politique à remplir, que ses diverses tâches sont exclusivement d'ordre juridique.

La formule que nous combattons ne permettrait pas même au gouvernement de créer un chemin de fer, ou d'instituer une école. Ce que nous avons dit précédemment (78) de la fin ou de la mission de l'Etat-pouvoir nous dispense d'insister d'avantage. *L'ordre, nécessaire au développement de*

(78) Voir page 215.

la civilisation, que l'Etat a mission de réaliser n'est pas restreint au domaine juridique ; la notion ou le contenu de la souveraineté n'est pas épuisé par l'idée du Droit à faire respecter, à élaborer, à appliquer, à exécuter.

241. La théorie vulgaire n'est exacte pour aucun des pouvoirs.

La théorie n'est pas vraie pour le pouvoir législatif, dont le rôle, outre l'élaboration des lois, comprend encore la consécration des usages et de nombreux actes en forme administrative d'une nature spéciale : budgets, naturalisations, nominations... etc.

Elle est erronée pour le pouvoir judiciaire, lequel n'a mission d'appliquer que certaines lois, les lois de Droit pénal et les lois relatives aux droits individuels, et qui a pour rôle d'appliquer aussi aux litiges dont il est saisi les usages, les arrêtés et règlements royaux, provinciaux et communaux, la Constitution, les contrats, l'équité, le Droit étranger et même l'ancien Droit.

Enfin, la théorie est insoutenable pour le pouvoir exécutif, dont le rôle, extrêmement vaste, comprend même l'*application* des lois administratives et financières, et s'étend, comme nous le verrons plus loin, à une série indéfinie d'actes et d'opérations, qui n'impliquent d'aucune manière l'exécution d'une loi.

242. La théorie vulgaire subordonne au législatif les autres pouvoirs.

La théorie vulgaire aboutit à faire des fonctions exécutives et judiciaires des pouvoirs hiérarchiquement subordonnés au pouvoir législatif, car l'exécution et l'application des règles souverainement élaborées par ce pouvoir, apparaissent à toute évidence comme des tâches secondaires, comme des missionsd'ordre subalterne.

De nombreux et très graves auteurs sont tombés dans l'écueil de cette opinion inexacte. Parmi eux, citons *Bluntschli*, adversaire déclaré de l'égalité des trois pouvoirs.

« C'est une erreur, dit-il, qui va à l'encontre de la nature » organique de l'Etat. Les membres d'un organisme ont » chacun leur valeur, mais inégale. L'un est supérieur, l'autre » est subordonné ou coordonné, et la liaison et l'unité sont » ainsi partout. Il faut avant tout opposer le pouvoir légis- » latif à tous les autres. Ce pouvoir est *surordonné* par » rapport aux autres pouvoirs : ceux-ci sont subordonnés ».

Qu'en faut-il croire ?

La théorie de *Bluntschli* n'est pas tout à fait inexacte, si l'on se place uniquement au point de vue de la *réalisation du Droit légal par l'Etat.* Le Pouvoir législatif en est l'auteur, le pouvoir judiciaire l'applique à certaines contestations, le pouvoir exécutif l'applique et l'exécute dans un domaine distinct, plus étendu. Il est clair que le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif sont sujets des lois qu'ils ont mission d'exécuter ou d'appliquer ; leur rôle à cet égard peut être qualifié de secondaire.

N'empêche qu'ils demeurent souverains, et qu'on ne peut leur assigner une position inférieure et subordonnée.

En effet :

1°) D'abord, le pouvoir judiciaire a mission de juger les contestations intéressant les droits des citoyens. Pour résoudre ces contestations, souvent il applique la loi, mais fréquemment même il n'a pas de loi à appliquer. Il solutionne de pures questions de fait ou applique, les conventions des parties — la Constitution — les arrêtés et règlements — le Droit étranger, les usages et même les règles de l'équité naturelle Dans ces diverses hypothèses, il n'obéit pas aux volontés législatives ; il est indépendant du pouvoir *législatif*, celui-ci ne peut être considéré comme le dominant.

Le Pouvoir exécutif également *n'applique et n'exécute pas toujours les lois.* Il *doit* les exécuter et les appliquer, et à cet égard il joue un rôle secondaire ; mais sa *mission est complexe.* Lorsqu'il fait *respecter l'ordre* public ; *lorsqu'il édicte des règlements de police*, lorsqu'il contracte au nom de l'Etat, gère et administre le domaine; procède à des adjudica-

tions,par exemple; peut-on dire qu'il met à exécution des règles élaborées par le *législateur ?* Son activité, sans doute, est contenue par certaines dispositions écrites dans les *lois.* Mais il ne suit nullement de là que ses *décisions* et ses *actes* soient commandés par la loi, qu'il *agisse par dépendance du législateur.* Il lui suffit de ne pas sortir du cercle tracé par ce dernier, de ne pas aller à l'encontre des lois : à part cela, il est libre, il fait tout ce que les lois ne défendent pas, il agit parallèlement au législateur, conformément à ce que les lois permettent, aux normes qu'elles établissent.

Le pouvoir législatif ne fait que déterminer l'ordre juridique, dit *Bluntschli ;* les principes du Droit, écrit *Stahl.*

2° Les fonctions judiciaires et gouvernementales sont souveraines, en ce sens qu'elles sont des fonctions de l'Etat confiées à des organes indépendants, dont les ACTES et les DÉCISIONS sont *obligatoires.* Dans leurs sphères respectives, le gouvernement et le pouvoir judiciaire *décident et commandent comme le législateur.*

Ainsi, le pouvoir législatif exprime les volontés générales et permanentes de l'Etat sur les intérêts généraux et de régime intérieur du pays. Une fois ces volontés exprimées, la loi élaborée, le *législateur* a fait son œuvre, le juge est indépendant dans l'application des lois aux contestations de droits et le gouvernement est *maître* et *souverain* dans l'exécution des lois.

«Ceci se concilie parfaitement avec le CONTROLE exercé sur le gouvernement par les différentes branches du pouvoir *législatif*: action modératrice du Roi; contrôle des chambres par voie d'interpellation, de discussion et de votes parlementaires.

3° Loin que le pouvoir législatif soit antérieur et supérieur aux deux autres, il faut affirmer au contraire, la remarque est de Stahl (79), que la législation ne précède la justice et le

(79) Fuzier Herman. Séparation des pouvoirs, page 597.

gouvernement, *ni dans le temps ni dans l'enchaînement des notions*, ni chronologiquement, ni logiquement.

Il existe un gouvernement et des juges dans les Etats, avant qu'il y ait été fait des lois pour les établir, ou des lois, dont l'application et l'exécution leur seraient confiées.

Le gouvernement doit veiller à ce que la justice soit rendue, à ce que des règles de droit soient promulguées, mais la législation et la justice apparaissent logiquement plutôt comme des nécessités, des fonctions gouvernementales, que la justice et le gouvernement n'apparaissent comme des fonctions législatives. C'est la notion de gouvernement qui conduit à celle de *justice et de législation.*

4° Enfin, *de par la Constitution Belge*, les trois pouvoirs ont des titres égaux, puisqu'ils émanent également d'une même loi Fondamentale, qui est leur titre, d'un même pouvoir constituant, qui est leur source, sans que jamais l'un, pas même le pouvoir législatif, puisse enchaîner la liberté des autres, ni entraver leur autorité par des restrictions de fond ou de forme, de nature à diminuer l'autonomie que la Constitution leur assure. Nous verrons plus tard que le pouvoir judiciaire spécialement a été doté par le Congrès national d'une indépendance telle, qu'à aucun égard il ne peut être question en Belgique de le réduire à un rang secondaire ou subordonné.

243. Situation spéciale du pouvoir législatif.

Mais si le pouvoir législatif est juridiquement l'égal des deux autres, *en fait* il est le pouvoir dominant, celui dont le prestige et l'influence sont le plus à craindre, le pouvoir le plus envahissant, le plus fort, le plus menaçant pour les autres, et par conséquent celui contre les empiétements duquel il y a surtout lieu d'établir des contrepoids, de stipuler des garanties. Il y a donc, pour résister aux tendances envahissantes du pouvoir législatif et spécialement du parlement, qui en est d'ordinaire l'organe principal, des raisons particulières d'affirmer énergi-

quement le principe de Montesquieu et de l'appliquer correctement, pratiquement, c'est-à-dire de telle sorte que de cette application résultent de sérieuses garanties d'indépendance pour les pouvoirs judiciaire, gouvernemental et administratif. Tel était déjà en 1788 (80) l'avis de Madison. « Le » département législatif, écrivait-il dans le *Fédéraliste*, étend » partout la sphère de son activité (81) et engloutit tous les » pouvoirs dans son impétueux tourbillon...... Les fonda- » teurs de nos républiques semblent ne jamais s'être rappelé » le danger des usurpations législatives qui, en rassemblant » tous les pouvoirs dans les mêmes mains, doivent mener à » la même tyrannie que les usurpations de l'exécutif (ma- » gistrat héréditaire soutenu et fortifié par une branche héré- » ditaire de l'autorité législative)...

» Dans une république représentative, où la magistra- » ture exécutive est soigneusement limitée dans l'étendue » de son pouvoir, où le pouvoir législatif est exercé » par une assemblée, animée, à cause de l'influence que » l'on suppose qu'elle a sur le peuple, d'une confiance iné- » branlable dans sa propre force, assez nombreuse pour » éprouver toutes les passions qui agissent sur une mul- » titude, trop peu nombreuse cependant pour être incapable » d'employer, pour la satisfaction de ses passions, des moyens » dictés par la raison, c'est contre l'entreprenante ambition » de ce département, que le peuple doit diriger toute sa ja- » lousie et épuiser toutes ses précautions...

« Ses pouvoirs étant à la fois plus étendus et moins sus- » ceptibles d'être renfermés dans des limites précises, il peut » avec plus de facilité voter, sous des mesures compliquées et » indirectes, les usurpations qu'il commet aux dépens des » départements coordonnés...

...» Comme il peut seul puiser dans les poches du peuple,

(80) V. réimpression du *Fédéraliste*, page 409.

(81) Il en est un peu de même du gouvernement, dont l'activité est néanmoins différente.

» et qu'il a, dans quelques Constitutions, une autorité illimitée, » et, dans toutes, une influence prépondérante sur les rétri» butions pécuniaires des agents des autres départements, il » en résulte, vis-à-vis du législatif, une dépendance qui faci» lite encore ses usurpations ».

Esmein (82) est du même avis. Il trouve inévitable que le pouvoir législatif ait la prépondérance sur les autres. « Cela » résulte de ce que, par les lois qu'il fait, il est le régulateur » de tous les autres ; cela résulte aussi et surtout de ce que, » dans tous les pays libres, c'est lui qui vote et fixe le budget; » il tient dans ses mains la faculté redoutable d'arrêter » l'action même de tous les pouvoirs et de toutes les fonc» tions »

244. Point de départ et marche à suivre. La théorie vulgaire étant écartée, il nous paraît que *pour parvenir au classement logique des pouvoirs de l'Etat*, il y a lieu, après s'être rendu compte du rôle étendu de l'Etat, de la variété, de la complexité de ses actes et de ses attributions, de prendre comme point de départ le double ordre d'idées sur lequel s'appuie la division des pouvoirs, et d'après cette base, de chercher à définir les principales fonctions de l'Etat et à les classer en quelques catégories fondamentales, *suivant leur nature et suivant leur importance*. L'essentiel, en définitive, est de préciser les fonctions qu'il est périlleux pour la liberté de confondre, prudent et sage de diviser, si l'on veut qu'elles soient mieux exercées. Tel est le principe du classement, le *criterium*, la méthode à suivre pour arriver à la distinction objective des pouvoirs, et à une salutaire division dans leur organisation et le règlement de leurs prérogatives.

Cette méthode conduit aux constatations et aux conclusions suivantes :

On a constaté d'abord que certaines règles élaborées par l'Etat se caractérisaient par leur généralité et leur perma-

(82) Eléments, p. 281.

nence, s'adressant à la nation toute entière, et étaient faites dans un esprit de durée et de perpétuité. Telles : les règles concernant les successions ou l'organisation communale. Elles offrent naturellement un intérêt, une importance que n'ont pas d'autres actes de l'autorité, par exemple un arrêté de nomination, ou un règlement sur les épizooties. On a donc érigé en fonction distincte et indépendante l'élaboration des règles obligatoires destinées à régir d'une manière durable les rapports les plus généraux et les plus importants de la vie sociale.

On a ensuite étudié les actes de l'Etat caractérisés par leur nature de décisions individuelles ou particulières, ne pouvant bénéficier ou nuire qu'aux personnes déterminées qu'elles concernent, et l'on a découvert que les plus importants des actes de cette catégorie ont ceci de spécial, qu'ils impliquent tous l'hypothèse d'une résistance rencontrée par un droit,et le concours de l'autorité intervenant pour déclarer ce droit et le faire valoir.

Le citoyen se trouve entravé dans l'exercice de ses droits ou de sa liberté ; pour vaincre l'obstacle qu'il rencontre, il doit, dans les sociétés civilisées, s'adresser à la puissance publique, pour obtenir d'elle l'affirmation de ce qui lui est dû et la cessation,au besoin par la force, de l'état de choses dont il se plaint légitimement. L'élaboration des décisions souveraines de cette espèce,à la fois *déclaratives et sanctionnatrices des droits*, a été avec raison érigée en pouvoir autonome : le pouvoir judiciaire.

Demeurent donc à part : tous les actes de l'Etat ayant le caractère de règles générales,mais n'ayant pas le caractère de perpétuité des lois (exemple : les règlements de police, lesquels, bien que consistant en dispositions générales, se caractérisent par leur mobilité, leur prompte élaboration, leurs faciles changements) et tous les actes de l'Etat dépourvus de généralité, actes et décisions individuelles ou particulières, autres que les arrêts et les jugements, en un mot

tous les actes de la vie de l'Etat, auxquels il est impossible d'attribuer le caractère législatif ou le caractère judiciaire ; ce sont les actes gouvernementaux et administratifs. Ceux-ci comprennent notamment les nombreux actes de pure gestion que comporte le fonctionnement de la puissance publique, et qu'elle accomplit sans avoir à faire usage des droits de commandement ou *d'imperium* relevant de sa souveraineté.

Des organismes distincts sont institués pour exercer divisément ces trois catégories d'actes et de fonctions, et pour régler cette triple organisation, l'on s'est naturellement préoccupé du double but à atteindre : se procurer des garanties contre le despotisme et l'arbitraire, pourvoir les fonctions de titulaires aptes, capables de les bien remplir.

Néanmoins, l'on s'est aperçu que, pour certains actes déterminés, tel pouvoir offrait plus de garanties ou plus d'aptitudes que tel autre ; qu'il convenait que certains actes n'ayant rien de législatif, par exemple,relevassent néanmoins du pouvoir appelé de ce nom; que certaines matières relevant naturellement de ce pouvoir en fussent distinctes pour être confiées au gouvernement, à raison des conditions particulières qu'il présente ; qu'enfin l'œuvre spéciale de juridiction confiée au pouvoir judiciaire, c'est à dire à des magistrats indépendants ayant reçu une formation professionnelle, fût restreinte aux litiges juridiques proprement dits,toutes autres affaires demeurant abandonnées aux autorités administratives.

Le rôle du pouvoir législatif se déterminera donc par la définition des lois et par l'énumération de tous les actes spéciaux n'en ayant que la forme,confiés néanmoins à ce pouvoir pour des raisons particulières, Exemples : naturalisations — comptes — budgets — actes de tutelle.

La définition du pouvoir judiciaire s'établira par celle des arrêts ou jugements et par la détermination de la compétence de ce pouvoir, c'est à dire des affaires juridiques, dont la Constitution lui confie exclusivement la décision.

Le rôle du pouvoir gouvernemental et administratif (83), croyons-nous, ne peut être défini directement ; ce pouvoir représente tout l'Etat, déduction ou exclusion faite des pouvoirs législatif et judiciaire. L'étude de ce pouvoir devrait comporter l'analyse de tous les actes ou droits de l'Etat n'ayant ni la forme législative, ni la nature d'arrêts ou de jugements.

Nous ne faisons que mentionner ici l'idée d'ériger en quatrième pouvoir distinct *le pouvoir administratif de l'Etat.*

Nous traiterons plus tard ce sujet,et nous dirons le motif pour lequel il semble préférable de ne pas accroître le nombre des trois pouvoirs classiques.

245. Renvois. — Ces notions, à cette place, peuvent amplement suffire. Nous ajournons à notre second volume l'étude plus approfondie de la définition, de la compétence et des droits des divers pouvoirs. — Nous y rattacherons l'exposé des motifs qui militent spécialement en faveur de l'application du principe de Montesquieu à chacun d'eux.

Mais nous ne pouvons terminer ce chapitre intitulé *Théorie des pouvoirs*, sans traiter encore d'un dernier et grave problème : *De la distinction des pouvoirs en constituant et constitués.*

§ 5. De la division des pouvoirs en constituant et constitués.

246. Origines. — *Montesquieu* n'a pas connu cette distinction ; il n'a pas eu à en traiter dans *l'Esprit des lois*, et n'avait rien à en dire surtout dans le chapitre consacré à décrire le Droit public de l'Angleterre, qui continue encore à l'ignorer.

Pourtant, on peut signaler, sous l'ancien régime, dans la

(83) V. sur cette expression notre second volume.

plupart des Etats, certains points que le Droit public de l'époque ne permettait pas au prince — alors législateur — de régler, de supprimer ni de changer seul, sans le concours des organismes représentatifs de la nation : ces points correspondaient évidemment à ce que nous appellerions aujourd'hui les matières constitutionnelles, relevant exclusivement de la compétence du pouvoir constituant, et non du pouvoir législatif ordinaire.

Mais pour voir s'introduire et s'affirmer la distinction entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués, il fallait que triomphât d'abord le principe des constitutions écrites, et avec lui, la nécessité d'inscrire dans ces constitutions *une clause dite de révision*, ayant pour objet de déterminer les autorités compétentes et les règles à suivre pour les abroger, les compléter ou les modifier (V. l'art. 131 de notre Constitution).

C'est donc dans les auteurs qui ont prôné, au XVIII[e] siècle surtout, l'utilité des constitutions promulguées, qu'il faut chercher l'origine de la division de la puissance publique, dont il nous reste à traiter.

Il y a lieu pourtant de distinguer le problème des constitutions écrites, de celui que soulève la division de la souveraineté en constituante et constituée.

Les deux questions sont distinctes.

Un pays peut-être doté d'une constitution, sans que le pouvoir constituant y soit organisé.

Tel serait le cas en Belgique,si l'art.131 de la Constitution n'existait pas.

D'autre part, dans un Etat dépourvu de constitution écrite, il peut se faire que certains points fondamentaux de l'ordre politique soient traditionnellement considérés comme constitutionnels, et ne puissent être réglés que par le prince et les représentants du pays, tandis que la souveraineté appartienne pour tout le reste au prince seul. Telle fut la situation dans nos Pays-Bas sous l'ancien régime.

On peut aussi rattacher l'origine du pouvoir constituant à l'idée émise par de nombreux publicistes, surtout en *Allemagne* et en *Italie* (84), d'instituer un *pouvoir inspectif*, ou *Sénat conservateur*, ayant pour mission de veiller au maintien, ajoutons au développement de la Constitution, de contrôler la marche des autres pouvoirs, d'exercer éventuellement à leur égard une sorte de droit de *Veto (?)*

On a fait remarquer, avec raison, que l'autorité donnée à ce pouvoir sur les autres supprimerait leur autonomie, les détruirait comme tels.

Aussi, la science politique a-t-elle repoussé l'idée d'ériger en autorité distincte le contrôle des trois pouvoirs classiques; ello fait de ce contrôle mutuel et du devoir de faire respecter la Constitution une obligation incombant à chacun d'eux dans le cercle de sa compétence, et cette garantie paraît suffisante. Où s'arrêterait-on ? Qui inspecterait le pouvoir inspectif ?

Mais ce pouvoir aurait aussi pour rôle d'exercer une sorte de tutelle sur les autres, d'intervenir en certains cas pour maintenir leur bon accord et trancher les conflits qui peuvent s'élever entre eux. Il y a, dans cet ordre d'idées, une part de vérité, certains points de vue pratiques.Cette part de vérité trouve précisément sa réalisation dans l'institution du pouvoir constituant, appelé, comme nous allons le voir, à jouer, dans les circonstances solennelles, le rôle d'arbitre des conflits survenus entre les pouvoirs constitués et contrariant leur marche régulière.

(84) *Schmittener — Romagnosi*

247. Pouvoirs constituant et législatif.

Une remarque s'impose cependant : le pouvoir constituant ne diffère pas essentiellement, spécifiquement *du pouvoir législatif*.

Ceci encore excuse et explique la lacune de Montesquieu.

PREMIER ARGUMENT EN FAVEUR DE LA DIVISION.

Les constitutions ne sont que des lois politiques ; la définition commune des lois leur est applicable.

On voudrait en conclure, que c'est au pouvoir législatif qu'il incombe de les élaborer, et d'y toucher quand il convient.

Si l'on veut des garanties, c'est dans l'organisation de ce pouvoir qu'il faudrait les introduire, et cela suffirait.

Cette manière de voir oublie que, *si les constitutions sont des lois, ce ne sont pas des lois ordinaires* ; une constitution est une loi fondamentale antérieure et supérieure aux autres lois, et ayant pour objet de régler d'une manière durable les bases, les points principaux de l'ordre politique. Elle s'im pose donc au législateur lui-même. qui ne peut y toucher puisqu'il est certain que c'est d'elle que dérive toute l'autorité qui lui est déléguée, et qu'il ne peut rien changer aux conditions de sa délégation, disait Sieyès (84). Les théoriciens du XVIIIe siècle (85) n'étaient pas d'accord sur la manière dont les constitutions devaient être révisées.

Les tenants du Contrat social exigeaient, pour la modification des lois fondamentales, le consentement unanime de tous les citoyens, ou tout au moins de la majorité, sous réserve du droit de sécession de la minorité.

Sieyès estimait que le droit de changer la constitution appartient d'une manière imprescriptible à la nation, qui, pour l'exercer, n'est assujettie à aucune forme ; il érigeait ainsi la révolution en Droit absolu et permanent.

Esmein fait honneur à J. J. Rousseau d'avoir — dans ses

(84) **V. Esmein, page 372.**

(85) **Esmein, pages 373 ss.**

Considérations sur le gouvernement de Pologne — établi rationnellement la meilleure solution du problème, le principe qui prévaut aujourd'hui : « *Toute constitution peut être modifiée ou révisée par l'autorité et par la procédure qu'elle* » *détermine elle-même* ».

La Constitution doit donc établir et organiser, non seulement les trois pouvoirs classiques, mais aussi un pouvoir constituant distinct du pouvoir législatif, seul compétent pour toucher aux lois constitutionnelles.

Presque toutes les constitutions se sont conformées à cette règle ; en conséquence, elles contiennent une clause de révision, analogue à notre article 131.

Le principe de Rousseau, dit *Esmein*, s'est fait recevoir dans le Droit commun des Constitutions écrites.

Cette distinction entre pouvoir constituant et pouvoir législatif n'existe pas ou n'est que nominale dans les pays où la constitution laisse ou confie le pouvoir constituant au pouvoir législatif. Ainsi, en était-il dans les chartes monarchiques françaises, nonobstant certaines controverses. Tel est encore le cas en Italie et aussi en Prusse, où la constitution peut être modifiée par voie législative ordinaire, sauf obligation d'ouvrir deux scrutins de vote à trois semaines d'intervalle. La distinction est plus marquée, mais, peut être insuffisante encore en Belgique, où les Chambres législatives sont admises à fonctionner avec le gouvernement comme pouvoir constituant, moyennant renouvellement préalable et majorité extraordinaire (les 2/3) de présences et de votes favorables. Nous estimons, en effet, que pour la fixation des bases et le règlement des questions fondamentales de l'ordre politique, l'on ne saurait prendre trop de précautions, ni s'assurer trop de garanties.

L'importance des résolutions pourrait justifier ici des règles particulières, et rendre utile non seulement une procédure inusitée, mais même le recours à des organismes spéciaux.

Il convient que les décisions graves, intéressant le peuple tout entier, soient prises d'une manière solennelle, et peut-être que le peuple lui même, c'est-à-dire le corps électoral soit appelé à les ratifier directement.

Cette solennité, impliquant certaines formalités exceptionnelles, et d'autre part l'appel direct aux électeurs, ne sont guère de mise, lorsqu'il s'agit de faire les lois ordinaires, même les lois importantes. L'institution d'un pouvoir constituant distinct permet précisément d'y recourir pour le règlement des points fondamentaux touchant à l'ordre politique du pays, pour les grandes réformes constitutionnelles.

248. Autres arguments. Il y a d'autres raisons encore qui militent en faveur de la division des pouvoirs en constituant et constitués, en faveur des clauses dites de révision.

Il y a d'abord *la perfectibilité des institutions.* Nulle œuvre humaine n'est parfaite ; toute constitution présente des lacunes et des défauts, que sa mise en pratique, que le temps révèlent, et qu'il faut pouvoir combler ou corriger, sans devoir recourir à une révolution pour y remédier.

Il faut *en second lieu* qu'une Constitution *soit* et *demeure* en harmonie avec l'état social, avec les idées et les mœurs du pays. Celles-ci se modifient incessamment.

Dans la vie d'un peuple surgissent souvent des besoins nouveaux, des nécessités nouvelles, qui appellent des changements dans les institutions.

Aux transformations sociales doivent correspondre des transformations politiques.

L'organisation d'un pouvoir compétent pour développer ou modifier la Constitution permet les changements nécessaires et en assure la paisible réalisation. Un publiciste français de haute envergure, le *Vte Combes de Lestrade*, dans un

ouvrage remarqué (86), observe « que les constitutions ne « peuvent prévoir les conflits, qui doivent fatalement se pro- « duire à la longue *entre les constitutions elles-mêmes et la* « *nation*, dont elles peuvent systématiser la vie publique, et « qu'il faut un arbitre,un pouvoir souverain pour les trancher.

« Aucun peuple, écrit-il, n'échappe à la loi d'évolution ... « Lentement ou non, chacun se modifie,*je dirais qu'il pro-* « *gresse,* si ce n'était porter un jugement trop hardi sur la « direction de sa marche.

» La constitution s'écarte d'autant plus des nécessités de « l'heure présente, qu'elle était mieux adaptée à celles du « passé. La révision s'impose.

» Tant qu'il ne s'agit que de points de détail, *par exemple* » *de régler les cōnflits entre deux ou plusieurs délégués de* » *la nation, cette révision peut être confiée à l'ensemble de* » *ces délégués ou à celui d'entre eux qui a gardé la prépon-* » *dérance.*

» Au contraire, lorsque l'essence même de la constitution » a cessé d'être en harmonie avec les nécessités objectives ou » subjectives des citoyens, *le conflit ne peut être tranché* » *par ceux-là, dont le pouvoir n'est plus reconnu*.... alors il » faut un arbitre.

... « C'est l'homme ou le corps, auquel est dévolu ce rôle » d'arbitre, qui est le souverain, auquel *revient toujours le* » *dernier mot.* » Nous l'appellerions le pouvoir constituant.

« Nulle institution, écrit le même publiciste, ne prévient » les conflits.

« Le pouvoir est-il remis à un seul, sans limites aussi bien » que sans partage, que des divergences ne peuvent pas » moins se produire entre cet autocrate et les divers corps » auxquels il est forcé de recourir, qu'il est obligé de consti- » tuer pour exercer ce pouvoir »

«Dans toute monarchie parlementaire ou constitutionnelle » *le conflit peut survenir entre* le roi et le parlement, ou entre

(86) Droit politique contemporain, page 212.

» les diverses fractions du parlement. De même dans une » république.

« Ces conflits sont généralement dénoués par des transactions réciproques, mais, AJOUTE-T-IL ces transactions, en règle générale, sont toujours faites par le même organe de gouvernement.

A chacune, l'autorité de cet organe subit une réduction morale... De diminution en diminution, l'organe en vient à mener une existence purement nominale, par disparaître à la longue, si une crise ne vient renverser les rôles.

Parfois aussi les conflits seront *irréductibles*, les corps en lutte ne veulent pas céder; un arbitre doit intervenir. L'étude des constitutions les plus prévoyantes, les plus souples, le démontre clairement.

Le pouvoir constituant est donc nécessaire, tantôt pour renforcer certains organes du pouvoir affaiblis par des conflits, tantôt pour trancher les difficultés sur des matières fondamentales entre les diverses autorités.

Enfin, le démembrement de la souveraineté en constituante et constituée rend possible l'établissement d'un système de garanties spécial et très efficace pour la défense tant des franchises locales que des libertés individuelles (87). Dans ce système, le recours au pouvoir constituant apparaît comme le remède extrême aux conflits et aux abus, comme l'*ultima ratio* contre les excès, l'arbitraire et le despotisme des autorités (88). Nous étudierons dans notre troisième partie ce genre de garanties, auxquelles nous donnons le nom d'*immunités* et de *Droits publics*. Dans les pays qui ignorent la distinction entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués, le régime des garanties est moins complet, et l'on se trouve obligé de s'arrêter plus tôt à l'unique et dernière sauvegarde : l'appel au bon sens et à la modération des autorités et des citoyens.

(87) V. le n° 197.

(88) V. l'ouvrage de *Burgess*, professeur au Columbia Collège de New-York, intitulé: Science politique et Droit Constitutionnel comparé.

249. **Constituante.** Mais, aux époques révolutionnaires, ce n'est pas dans les cas prévus, dans les conditions fixées et dans le cadre des règles tracées par la Constitution que le pouvoir constituant apparaît et fonctionne. Son organisation et sa marche échappent alors à toute réglementation. Nous serions incomplet et inexact si, par des exemples notoires, nous ne mettions en relief l'idée qu'il faut se faire du pouvoir constituant dans ces moments extraordinaires et troublés, où les nations paraissent être aux tournants de leur histoire.

Le 1er janvier 1789, les contribuables Français de 25 ans étaient appelés à choisir, par voie d'élection à degrés, leurs *mandataires* aux Etats généraux ; ce rouage politique n'avait plus fonctionné depuis deux siècles.

Le 5 Mai, se réunissaient à Versailles près de 1200 députés, dont la moitié représentait le tiers-état c'est-à-dire la *bourgeoisie*, l'autre moitié formait l'ordre du clergé, et l'ordre de la noblesse, de forces à peu près égales.

Les membres du tiers état étaient porteurs de *cahiers*, véritables programmes électoraux, *réclamant unanimement* l'établissement d'une *Constitution* discutée et votée par la Représentation nationale.

Cinq semaines furent employées à briser la résistance des nobles, réclamant le vote par ordres : *les deux ordres privilégiés eussent été maîtres de toutes les décisions.*

Le 17 Juin, le tiers-état s'enhardit et prend le nom d'*Assemblée nationale Constituante.*

En vain, le Roi déclare nulle cette décision.

Les députés du tiers, *réunis* dans la salle du jeu de paume y jurent de ne pas se séparer avant d'avoir donné une Constitution à la France.

Ils refusent d'obtempérer à l'*injonction* royale de se réunir aux ordres privilégiés.

Le 27 Juin, ces ordres sont contraints, par la volonté royale, de changer d'attitude : ils viennent siéger aux côtés du tiers-état vainqueur.

L'assemblée entreprend sans tarder l'œuvre constitutionnelle.

Les événements se précipitent : la résistance de la Cour, le renvoi du ministre de Necker, le soulèvement de Paris, la prise de la Bastille (14 Juillet 1789), l'abolition des privilèges votée d'enthousiasme dans la nuit du 4 Août, *la royauté vaincue et prisonnière.*

La Constituante parle et agit en souveraine.

«*Les vieux corps privilégiés*,écrit M. *Aulard*(89),les vieux » corps privilégiés s'inclinent devant la majesté du Souverain » nouveau : Parlement de Paris, cour des comptes, chambres » des aides, université, *défilent à la barre* de l'assemblée, *lui* » *apportent* comme l'hommage du passé.

» Les villes de France viennent aussi lui apporter *comme* » *l'hommage de l'avenir.* »

Le 20 Août, l'on vote la déclaration des droits de l'homme, dont l'art. 3 porte :

« Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation ; nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément ».

Le 28 commence le débat sur la Constitution, qui prend fin le 2 Octobre suivant.

Le 22 Septembre est voté l'article contenant cette déclaration : « Le gouvernement Français est monarchique ; il n'y a » point en France d'autorité supérieure à la loi ; le Roi ne » règne que par elle, et ce n'est qu'en vertu des lois qu'il » peut exiger l'obéissance ».

Le lendemain, l'assemblée croit devoir renouveler le principe et décide de l'inscrire à l'art. I de la Constitution :

« Tous les pouvoirs émanent essentiellement de la nation « et ne peuvent émaner que d'elle ».

Puis, la Constitution terminée, l'assemblée nationale veut que le Roi l'accepte, sans lui accorder le droit de la repousser et sans lui permettre d'exercer en cette matière son droit de

(89) Histoire politique de la révolution française.

sanction. Il fut, en effet, décrété le Ier octobre, que la déclaration et la Constitution seraient présentées à l'acceptation du Roi, et les débats qui précédèrent le vote de ce décret firent voir que ce mot d'acceptation *était entendu dans ce sens, que le Roi ne pourrait opposer son* Veto. L'assemblée n'admet pas qu'en droit et en fait le roi puisse repousser la Constitution, elle entend la lui imposer. Elle revendique et exerce seule le pouvoir constituant.

Tels sont les faits !

Tel fut le rôle joué par l'Assemblée nationale constituante.

Que faisait-elle en agissant ainsi ?

La Constituante ne faisait rien moins qu'une révolution. Elle dépouillait l'antique monarchie de sa souveraineté traditionnelle.

Elle rendait en quelque sorte la Souveraineté vacante.

Et elle en prenait possession au nom de la France.

Elle en exerçait aussitôt la prérogative maîtresse : elle prenait en mains le pouvoir constituant pour l'exercer sans délai en rédigeant la première constitution, celle de 1791.

Mais elle se rendait compte elle-même que ce mode de procéder était révolutionnaire, *qu'il devait demeurer exceptionnel*, que le pouvoir constituant, dans les temps calmes, en dehors des rares époques où il semble que *les peuples* changent leur vie et modifient l'orientation de leur *histoire*, pouvait être *organisé juridiquement* et *fonctionner* normalement.

L'assemblée nationale inscrit dans la Constitution même un texte ainsi conçu :

« L'assemblée nationale constituante déclare que la nation a le droit imprescriptible de changer sa Constitution; et néanmoins, considérant qu'il est plus conforme à l'intérêt national d'user seulement, par les moyens pris dans la Constitution même, du droit d'en réformer les articles, dont l'expérience aurait fait sentir les inconvénients, décrète qu'il y sera procédé par une assemblée de révision dans la forme

suivante » (Titre VII. De la révision des décrets constitutionnels, article I).

En conséquence, l'Assemblée nationale introduit dans la Constitution *une disposition* qui permet de la réviser suivant une procédure qu'elle organise, et où le roi n'a aucune part.

Voilà donc bien établie une distinction, qu'il faut signaler, entre deux formes, deux espèces, deux degrés, peut-on dire, du pouvoir constituant : celui qui peut surgir en dehors de toute prévision constitutionnelle, c'est-à-dire à une époque de révolution ; celui qui s'exerce de par la Constitution même, dans les formes qu'elle trace et avec mission d'en réviser les articles.

250. Au Congrès national.

Nous allons voir cette même distinction entre les 2 formes possibles du pouvoir constituant se reproduire dans notre histoire, et dans notre *Droit public*.

En 1828, les griefs nombreux et fondamentaux, qui nous firent nous révolter contre le gouvernement du roi Guillaume provoquent la révolution. Nous avons ci-dessus, n[os] 70 ss., relaté la suite des événements qui aboutirent à l'institution à Bruxelles d'un gouvernement provisoire, et à la convocation d'un Congrès national.

Cette illustre assemblée se réunit à Bruxelles le 10 Novembre 1830. Elle prend solennellement possession de la Souveraineté vacante, proclame l'indépendance du pays et rédige la Constitution, où elle n'hésite pas à introduire l'article 47, dépouillant du droit de vote les électeurs capacitaires, qui l'avaient élue, en faisant du cens la base unique du futur régime électoral. Le pouvoir constituant complet, illimité, est entre ses mains. La Constitution est sanctionnée par le Congrès le 7 Février 1831, mais elle n'est pas terminée aussi longtemps que le roi n'est pas désigné.

Elle n'est d'abord que partiellement en vigueur ; pendant les six mois de Régence, il n'y a ni Chambre ni Sénat ; le Congrès national garde le pouvoir constituant.

Enfin, le prince Léopold de Saxe Cobourg est élu roi des Belges et accepte la couronne.

Par décret du 20 Juillet, la Constitution est complétée par l'adjonction des noms et qualités du roi aux articles 60 et 61, et le chef de l'État prête serment.

Jusqu'au *serment royal,* c'est donc le Congrès national qui a détenu l'autorité suprême, le pouvoir constituant. A partir de ce serment, au contraire, le Roi est devenu l'un des organes de ce pouvoir, à tel point que, par son ordre, la Constitution fut publiée à nouveau au Bulletin *officiel* en vertu d'un décret signé par Léopold Ier le 1er Septembre 1831.

Faut-il rappeler que le Congrès national, décidé à disparaître, a eu soin, d'insérer dans la Constitution une clause de révision, l'art. 131, réglant d'une manière complète la manière dont serait exercé désormais, d'une manière normale et régulière, le pouvoir constituant ?

251. Économie d'une révolution. Le Congrès eût pu en décider autrement, se perpétuer par une loi électorale ou céder la place au pouvoir législatif sans voter une clause de révision constitutionnelle.

Dans le premier cas, ç'eût été effacer toute distinction entre lois ordinaires et lois fondamentales, répudier les avantages à retirer d'une Constitution.

Dans le second cas, l'absence de toute clause de révision n'eût-elle pas assuré la stabilité des institutions et la stabilité des principes essentiels de l'ordre politique ?

Reconnaissons que s'il y aurait imprudence grave à se passer de Constitution, à livrer au pouvoir législatif ordinaire, c'est-à-dire aux caprices des majorités changeantes l'organisation même de l'Etat et le régime des libertés publiques, il n'y aurait pas un moindre danger à vouloir fixer d'une manière invariable, éternelle, les éléments principaux de l'ordre politique, qui eux aussi sont variables et réclament de temps à autre des transformations.

Il ne faut pas courir au devant des révolutions, les faciliter en les rendànt nécessaires.

Il y a donc péril à interdire les révisions, à ne pas les prévoir et à ne pas les réglementer ; et ce péril réside dans l'éventualité que le peuple s'impatiente, se précipite en dehors des voies juridiques, et ne mette en mouvement un organisme constituant anormal, révolutionnaire.

Or, entre le pouvoir constituant issu d'une révolution et le pouvoir procédant constitutionnellement à une révision constitutionnelle,il y a cette différence,que le premier n'est pas réglé dans sa marche par les textes de la Constitution, ni limité aussi dans sa mission par la nécessité de ne toucher à la Constitution, comme en Belgique, qu'article par article.

Au surplus toute révolution est un mal, parfois nécessaire sans doute, mais dont il faut,autant que possible, se préserver, en pourvoyant aux moyens juridiques de satisfaire aux besoins, et aux nécessités auxquelles elle répond. Quand ces moyens font défaut, les réformes tardent trop et n'aboutissent qu'au prix de crises prolongées et dangereuses. Les partisans des changements désirés sont d'abord considérés comme des révolutionnaires, comme des ennemis de leur patrie et de ses institutions.Puis,la révolution, c'est la liberté, les passions, les colères déchainées, l'absence de toute règle et de tout frein,la suspension de la vie normale dans une nation.Il est toujours à craindre que la révolution ne se contienne pas en des bornes raisonnables, qu'elle dépasse le but poursuivi, et parvienne à des résultats excessifs, que la réaction conteste ensuite et dont elle bénéficie.

Une clause de révision évite tout cela. Tout se trouve prévu et régularisé ; en créant un pouvoir extraordinaire, mais régulier, de révision, la Constitution écarte tous ces dangers et pare à toutes les éventualités.

Le Congrès national a donc bien fait de se donner un successeur, d'instituer un organisme héritier de sa puissance souveraine et pouvant comme lui légiférer dans les matières d'ordre fondamental ou constitutionnel.

Grâce à l'art. 131, toutes les réformes sont possibles par le recours au pouvoir constituant lui même.

La révolution ne serait plus nécessaire, que s'il s'agissait de déplacer le pouvoir constituant lui même ou de briser sa résistance. Mais comment ce pouvoir pourrait-il faillir à sa tâche,lorsqu'il s'agira d'un mouvement réel et profond,d'une réforme énergiquement appuyée par le sentiment national ?

Cela n'est pas à craindra, le preuve en a été faite chez nous.

Je suis de ceux qui pensent que le régime censitaire a vécu trop longtemps, que son trop long règne est la cause principale des difficultés d'ordre social et politique, qui ont surgi et qui n'ont pas encore pris fin; que, dès 1860, le problème de la révision de l'art. 47 eût dû être sérieusement abordé et largement résolu.

Or, les tentatives faites en 1870, 1883 et 1887, pour mettre en mouvement le pouvoir constituant et la procédure de révision échouèrent.

Les propositions faites en 1890 aboutirent au contraire en 1892 à des élections générales,qui invstirent le roi et les deux chambres du pouvoir constituant jusqu'en septembre 1893, date finale de la révision (90)

Le pouvoir constituant fit alors son devoir.

La bourgeoisie censitaire abdiqua son injustifiable privilège.

Et nous fîmes l'économie d'une révolution. Le fait est d'autant plus remarquable que,dans l'occurrence, il s'agissait de déplacer le centre même du pouvoir constituant, d'enlever la souveraineté aux 130.000 censitaires pour l'étendre à plus d'un million et demi de citoyens.

(90) C'est le Moniteur du 9 septembre 1893 qui publia les 12 nouveaux articles de la Constitution.

Les définitions qui vont suivre nous serviront de conclusions.

252. Conclusions et définitions. *Le pouvoir constituant, c'est, en premier lieu, le pouvoir qui, en cas de révolution, prend possession de la souveraineté vacante et assume la mission de l'organiser et d'en régler le fonctionnement.* Exemple : en France, l'Assemblée nationale de 1848 ; en Belgique, le Congrès national.

Les révolutions sont en dehors du domaine du Droit ; elles échappent à toute réglementation juridique. Il ne peut être question d'insérer dans les constitutions un texte organisant le Pouvoir Constituant pour le cas de révolution.

Mais quand les mandataires d'un peuple rédigent une constitution, ils peuvent et doivent prévoir la nécessité d'apporter des modifications à leur œuvre et régler la manière dont ces modifications pourront être effectuées. De là l'introduction dans les constitutions de ce qu'on appelle une *clause de révision*. Cette clause détermine les conditions dans lesquelles sera exercé le Pouvoir Constituant, dans le cas où, par des voies paisibles et juridiques. l'on voudrait modifier quelque règle essentielle de l'ordre politique du pays.

On entend donc, en second lieu, par Pouvoir Constituant un pouvoir dont l'organisation est réglée par la Constitution, qui a pour mission, dans les cas prévus et suivant les formes déterminées par la Constitution, de réviser les dispositions qu'elle contient.

C'est donc un pouvoir *permanent*, en ce sens que, comme le pouvoir législatif, il peut toujours être mis en mouvement mais à la différence de celui-ci, il est en exercice plus rarement, à la faveur de circonstances, à des époques assez graves et peu fréquentes dans la vie des nations.

On peut donc le qualifier *d'extraordinaire, d'exceptionnel.* Depuis 1830, il n'a fonctionné qu'une seule fois en Belgique, en 1892 et 1893. Sa mission est essentiellement *transitoire*, de peu de durée ; une fois l'œuvre de révision accomplie, il

cesse d'être pouvoir constituant, il disparaît comme tel. Le pouvoir législatif remplit au contraire un rôle qui se prolonge, une fonction dont l'exercice est normal et continu, nonobstant les intervalles des sessions.

Le pouvoir constituant est néanmoins un pouvoir *régulier*, une institution juridique. Il n'a rien de révolutionnaire, puisqu'il est organisé par le Droit positif. Il faut même y voir un pouvoir constitutionnel, car il est établi et réglé par la Constitution.

Le pouvoir constituant, tel que l'organise une clause constitutionnelle de révision, n'est ni aussi étendu, ni aussi libre, que celui dont se trouve investi extraordinairement un organisme révolutionnaire, tel que le Congrès national. Sa liberté est bien plus vaste, néanmoins, que celle du pouvoir législatif, car celui-ci ne peut toucher à la Constitution, qui est son titre et sa règle, ni au pouvoir constituant, dont il dépend, ni rien régler en ce qui concerne sa propre organisation ; toute l'organisation constitutionnelle des pouvoirs constitués relève, en effet, exclusivement du pouvoir constituant.

Le pouvoir constituant, au contraire, peut être réorganisé par lui-même, et rien que par lui-même. Ainsi en serait-il, si l'art. 131 de la Constitution était soumis à révision.

Mais, si grande qu'elle soit, sa liberté n'est pas absolue. Issu de la Constitution et tout en ayant charge de la réviser il doit agir comme elle le prescrit. Il est esclave des règles de fond qu'elle formule, par exemple de la règle qui interdit les révisions totales et des règles de procédure qu'elle édicte.

Il est même limité dans ses droits par la défense inviolable et perpétuelle que le Congrès national — agissant comme pouvoir constituant révolutionnaire — a faite de toucher au décret d'indépendance du pays et au décret d'exclusion des Nassau.

CHAPITRE VI.

LES FORMES ET LES ORGANES DE L'ÉTAT (1)

SOMMAIRE. — § 1. Classement des formes de l'Etat.
§ 2. Le principe des formes mixtes.
§ 3. Les termes actuels du problème.
§ 4. La notion d'organes.

---

253. **Transition et terminologie.** Après nous être occupés des pouvoirs, il est naturel de traiter de leurs organes, des personnes ou collèges auxquels ils sont confiés. Le problème, simple à l'origine, est devenu très complexe. Quand les pouvoirs, en effet, étaient réunis ou confondus, que la Souveraineté ne se trouvait pas démembrée, il suffisait de se demander : en quelles mains faut-il remettre la puissance publique ? Et cette question donna naissance à la théorie et à la distinction des for

(1) BIBLIOGRAPHIE. — *P. Janet*. Histoire de la science politique.
Van der Rest. Platon et Aristote.—*Henri Francotte*. Les formes mixtes du gouvernement d'après Aristote.
Bodin. Les Livres de la République.
Villemain. Traduction de la République de Cicéron et Discours préliminaire. Edition de Paris 1864.
Montesquieu. L'Esprit des lois. *Le Fédéraliste* (réimpression française) —
Malcom Platt. Articles sur l'Etat, le gouvernement, la Souveraineté, dans Political science quaterly.
Bluntschli. Théorie générale de l'Etat.
Palma. Corso di Diritto Costituzionale.
Saint Girons. Manuel de Droit Constitutionnel.
De Laveleye. Le gouvernement de la Démocratie.
Esmein. Eléments de Droit Constitutionnel.
Orlando. Principes de Droit public et Constitutionnel.
De Vareilles Sommières. Principes fondamentaux de Droit.
H. Passy. Des formes de gouvernement et des lois qui les régissent.
Vte Combes de Lestrades. Droit politique contemporain.
Saripolos. La démocratie et l'élection proportionnelle.

mes de gouvernement : monarchie, aristocratie, démocratie.

Aujourd'hui, c'est pour chacun des pouvoirs que le problème est posé. Il faut rechercher quels doivent être les titulaires du pouvoir constituant, du pouvoir législatif, du pouvoir gouvernemental et administratif, du pouvoir judiciaire : il n'est pas possible de se borner à traiter en général des *formes de gouvernement.* L'expression, d'ailleurs, est devenue peu satisfaisante.

Il n'y a pas d'inconvénient à employer le mot formes, qu'il serait difficile de remplacer. Il doit être entendu cependant qu'il ne s'agit pas de formes, de structure extérieure : régler l'attribution et l'exercice des pouvoirs nous paraît être affaire de fond, un problème d'organisation interne.

Mais le problème concerne l'Etat tout entier et ses divers pouvoirs. Or, le terme gouvernement ne désigne usuellement que le pouvoir exécutif. Il faut donc dire : Formes ou organes de l'Etat (2), ou de la Souveraineté.

L'on remarquera que nous ne reproduisons pas dans notre intitulé les termes : formes politiques, que nous proposions page 158. Le mot politique se traduit littéralement par « de l'Etat ». En répudiant l'expression formes politiques, nous nous préoccupons seulement d'écarter la confusion que pourrait produire dans les esprits l'emploi très usuel du qualificatif politique en opposition aux termes administratif et judiciaire.

En disant formes ou organes politiques, nous aurions l'air de ne pas étendre aux pouvoirs administratif et judiciaire la recherche des principes d'organisation, entreprise pour les autres pouvoirs. Mieux vaut conserver au problème toute son ampleur, affirmer dès le début son étendue, bien que la distinction à faire entre les Etats au point de vue de leurs institutions fondamentales dépende presqu'exclusivement de l'organisation y donnée aux pouvoirs constituant, législatif et exécutif.

(2) Il s'agit évidemment ici de l'Etat-pouvoir, de l'Etat *sensu stricto.*

L'étude des formes de l'Etat vient tout naturellement après l'exposé de la théorie générale des pouvoirs, qui devait précéder ; car il importe de connaître au préalable les démembrements, les rameaux de la Souveraineté, pour rechercher les meilleures conditions d'organisation de chacun d'eux.

Il y a néanmoins des rapports très intimes entre le problème des pouvoirs et celui des formes de l'Etat. Nous avons vu que Montesquieu, sans les confondre, les unissait étroitement (n° 204) que Kant d'autre part (page 341 en note) faisait dépendre la forme de l'Etat du mode de distribution des trois pouvoirs, et qualifiait de républicain l'Etat caractérisé par la séparation du pouvoir législatif et de l'exécutif.

Enfin, nous avons enseigné nous même que la répartition entre les trois pouvoirs de certaines attributions spéciales ne dépendait pas de la nature des fonctions, mais de l'importance de ces attributions et des garanties d'organisation que présentait pour les remplir telle ou telle autorité.

Les deux ordres d'idées sont donc inséparables ; mais dans un intérêt de méthode, c'est par la théorie des pouvoirs qu'il était préférable de débuter : il importait de connaître les branches de la Souveraineté, pour en régler *divisément* et non confusément l'organisation et l'exercice.

§ 1. Classement des formes de l'Etat.

254. Division classique d'Aristote. La littérature politique relative au problème des formes de l'Etat, c'est-à-dire à l'organisation de la Souveraineté, remonte à des temps bien anciens : elle représente une longue série d'auteurs, qui commence à *Hérodote* (3) à *Hippodame de Milet* (4) à *Platon* et à *Aristote*

(3) Empruntons aux *Etudes sur Salluste* de M. *de Gerlache* la traduction du curieux passage des *Histoires d'Hérodote*, livre III, relatif au débat

(4) Nous donnerons plus loin un texte curieux de ce philosophe pythagoricien.

pour se continuer de nos jours chez de nombreux publicistes, que le même problème continue de préoccuper sous des aspects nouveaux.

L'on ne peut toucher ce sujet sans rappeler d'abord la classification d'Aristote, dont les termes n'ont pas été abandonnés ; non pas qu'Aristote ait découvert seul tous les élé-

sur les formes de gouvernement,qui suivit l'assassinat du faux Smerdis. Il s'agit de la Perse, il faut s'attendre à voir la Royauté et le despotisme triompher.

« CAMBYSE *ayant fait tuer secrètement son frère, nommé Smerdis,il arriva, dit Hérodote*, qu'à la mort du roi, un mage prit la place et le nom de celui que tout le monde croyait encore vivant et qui, d'après les lois, devait être l'héritier du trône. Quelques seigneurs Persans ayant découvert la fourberie, conspirèrent contre le faux Smerdis, le tuèrent, et puis délibérèrent entre eux sur la forme de gouvernement qu'il convenait de donner à leur pays. Le 1er qui prit la parole se déclara pour la république et motiva ainsi son opinion. « *Comment, dit-il,la monarchie pourrait-elle être un bon gouvernement?* Le monarque fait ce qu'il veut sans rendre compte de sa conduite à personne. L'homme le plus vertueux, élevé à cette haute dignité perd bientôt ses meilleures qualités. Tous les hommes naissent avec les mêmes passions ; le pouvoir absolu dont jouit un monarque le porte infailliblement à l'insolence.

Un tyran devrait être modéré, puisqu'il jouit de toute sorte de biens, et c'est tout le contraire ; ses sujets ne l'apprennent que trop à leurs dépens. Il fuit les plus honnêtes gens et ne se plaît qu'avec les méchants ; il prête volontiers l'oreille à la calomnie ; il accueille les délateurs; il renverse les lois de la patrie, attaque l'honneur des femmes, et fait mourir qui bon lui semble. Un gouvernement démocratique n'entraîne pas de tels abus. On l'appelle isonomie, c'est-à-dire égalité de tous devant la loi, et c'est le plus beau de tous les noms. Le magistrat s'y élit au sort ; il est responsable de son administration ; toutes les délibérations s'y prennent en commun. Je suis donc d'avis d'abolir parmi nous la monarchie et d'y établir le gouvernement populaire. »

Un second Seigneur, nommé Mégabyse, se déclara pour l'oligarchie.

« Rien de plus insensé, dit-il, que la multitude. En voulant éviter l'insolence d'un despote, on tombe sous la tyrannie d'un peuple sans frein. Y a-t-il rien de plus intolérable ? Si un roi forme quelque entreprise, c'est du moins avec connaissance de cause. Le peuple au contraire n'a ni intelligence, ni raison. Il se jette dans les affaires les plus périlleuses tête baissée ; c'est un torrent qui renverse tout. Puissent les ennemis des Perses préférer un tel gouvernement !

Pour nous, faisons choix des hommes les plus vertueux et remettons le pouvoir dans leurs mains. »

— Enfin Darius émit une troisième opinion différente des deux autres.

ments de sa théorie : ils se trouvent déjà dans Hérodote, dans Archytas, dans Hippodame de Milet et dans Platon. Mais c'est à Aristote que revient le mérite d'avoir réuni ces éléments, de les avoir systématisés.

Il y a selon lui trois espèces d'Etats : les monarchies (Royautés), les aristocraties et les démocraties (5).

La monarchie ou royauté consiste dans le gouvernement d'un seul, l'aristocratie dans le gouvernement d'une minorité, d'une classe ou d'une élite ; la démocratie dans le gouvernement de la majorité des citoyens (6)

La monarchie, l'aristocratie, la démocratie légitimement établies et pratiquées en vue du bien général sont les trois formes possible de la souveraineté, les trois *πολτειαι* (7), Ces 3 formes portent d'autres noms, lorsqu'elles sont corrompues, c'est à dire quand le monarque gouverne dans son intérêt personnel, quand la minorité qui détient le pouvoir l'exploite

« La monarchie, dit ce dernier, l'emporte de beaucoup sur l'oligarchie et sur la démocratie. Il n'y a rien de meilleur que le gouvernement d'un seul quand le roi est homme de bien. Les délibérations sont secrètes ; les ennemis de l'Etat n'en ont aucune connaissance. Il n'en est pas ainsi de l'oligarchie. Ce gouvernement étant composé de plusieurs personnes..., chacun veut y primer, chacun veut y faire prévaloir son opinion : de là les haines réciproques et les séditions : les séditions amènent les guerres civiles, puis l'on revient ordinairement à la monarchie. Les partis qui divisent les républiques ne divisent point les méchants entre eux ; ils se réunissent toujours contre les bons ; en perdant l'Etat, ils se soutiennent mutuellement; et le mal dure tant qu'une main vigoureuse les réprime en prenant autorité sur le peuple. Puisqu'il est vrai que ce n'est que par la puissance d'un seul qu'un Etat peut être sauvé de l'esclavage, j'en conclus qu'il vaut mieux s'en tenir à la monarchie. »

(5) Pour nous conformer à l'usage des termes en langue française, nous employons ce mot, dont Aristote se sert pour désigner les démagogies. tandis qu'il qualifie de républiques *πογιτειαι* les Etats démocratiques. V. P. Janet, I, page 211 — Henri Francotte, page 9 Nous suivons en ceci l'exemple de Bluntschli, 1, p. 293.

(6) Les esclaves et les artisans n'ont point ce titre et sont dès lors exclus de la cité.

(7) M. Henri Francotte remarque avec raison que ce mot est tantôt employé dans le sens général de constitution politique, tantôt dans le sens spécial de république démocratique (forme mixte)

à son profit, quand le peuple abuse de sa souveraineté. On se trouve alors en présence de formes dégénérées qu'Aristote appelle παρεκβασεις et qu'il nomme tyrannie, oligarchie (ou ploutocratie) et démagogie (ou ochlocratie).

Cette classification admise par les anciens, par Polybe, par Cicéron, reprise par les auteurs du moyen âge,par St-Thomas par Bodin au XVI[me] siècle,continue d'être acceptée.

Elle fait dépendre la nature des Etats du mode de la distribution de la souveraineté, de la manière dont la puissance publique est organisée et exercée.

Elle ne méconnaît nullement les rapports qui existent entre l'ordre politique et l'état social, mais, il est permis au jurisconsulte d'en faire abstraction, de laisser aux historiens et aux politiques le soin de rechercher, les uns dans le passé, les autres dans le présent, jusqu'à quel point les institutions concordent avec les besoins, les mœurs, le degré de culture et le tempérament des peuples. Le Droit constitutionnel ne peut s'interdire toutefois de se placer sur le terrain des faits, de vérifier par qui et comment la souveraineté est réellement exercée. Pour avoir l'idée concrète d'une constitution déterminée, il faut, dit M. Henri Francotte (8) considérer le peuple lui-même « Une constitution, pensait Aristote, dont les lois » ne sont pas démocratiques peut devenir populaire par les » mœurs. »

Mais cette réserve,observe le distingué professeur,ne touche pas à la théorie, elle ne la détruit pas. Une constitution, qui subit des altérations dans sa pratique, n'en reste pas moins et par elle-même ce qu'elle est théoriquement et scientifiquement.

Mais rien n'empêche d'avoir des mots différents pour distinguer les formes politiques en normales et anormales, πολιτε αι παρεκβασεις, formes légitimes et formes corrompues ou dégénérées. Au point de vue de la distribution de la souveraineté,celles-ci sont néanmions les mêmes que celles-là.

(8) page 9 du rapport précité.

Ce serait néanmoins appauvrir la langue que de renoncer à des termes devenus usuels, tels que ceux de tyrannie, oligarchie, et démagogie ; conservons donc ces appellations pour les opposer aux formes pures : monarchie, aristocratie, démocratie (9)

255. Bases du classement.

On fait toutefois à ce classement le reproche d'être superficiel et sans portée, de n'être l'expression d'aucun fait significatif, d'être appuyé sur une base purement arithmétique = *unus, pauci, plurimi. Bluntschli* (10) et après lui *Malcom Platt* (11) font honneur à *Schleiermacher* d'avoir revendiqué et précisé avec succès la valeur scientifique du classement d'Aristote. D'après cet auteur, il y a une relation entre le nombre des individus participant à la souveraineté et le degré d'extension de la conscience publique au sein d'un peuple. A la succession des formes monarchique, aristocratique et démocratique correspond un développement parallèle de la conscience publique, d'aucuns diraient aujourd'hui de l'âme nationale, en largeur et en intensité. Au fur et à mesure qu'une partie de la population prend possession d'elle même, acquiert une compréhension raisonnable du rôle joué par le gouvernement dans la société civile, elle voit s'accroître ses désirs de participer aux décisions du pouvoir et à la détermination des tâches qu'il doit réaliser, et tôt ou tard elle arrive à conquérir sa part effective de souveraineté (12)

Il y a donc dans le classement d'Aristote autre chose qu'un simple calcul mécanique ; il est l'expression d'une vérité objective et profonde : les Etats doivent se diversifier d'après l'étendue des droits politiques obtenus, en raison de l'acces-

(9) *Contrà* Van der Rest = Platon et Aristote, Thèse, page 416.

(10) Tome I, pages 298 s.

(11) Article cité III — n° 5.

(12) *Malcom Platt* fait observer à ce sujet que le plus grand obstacle au triomphe de l'électorat des femmes est la faiblesse de leur conscience *politique*.

sion plus ou moins grande des citoyens à la vie politique : ces formules s'équivalent.

Bien que le problème d'organisation que soulève la théorie des formes politiques intéresse tous les États, Aristote admettait déjà que pour les distinguer il faut s'attacher à l'élément prédominant dans chacun : à ce qu'il appelait *το βουλευομενον περι των κοινων*, correspondant à notre pouvoir législatif et constituant, et aux fonctions publiques *το περι τας αρχας* (12bis).

Depuis que les pouvoirs sont devenus distincts et ont été divisés, à plus forte raison doit-on observer cette règle. Pour distinguer les formes politiques, c'est à la souveraineté dans ses manifestations les plus élevées, et notamment au pouvoir constituant et législatif, qu'il faut surtout s'attacher. Ce point est particulièrement mis en relief par *Malcom Platt*(13).

(12bis) Rapport de M. Henri Francotte page 9.

(13) Article cité, III, n° 4. En voici le passage essentiel:

La considération du nombre de personnes, dont procèdent les manifestations les plus élevées du souverain pouvoir, a donné naissance à la théorie classique des 3 formes du souverain. J'ai dit « les manifestations les plus élevées » : il faut, en effet, remarquer que ces formes ne dépendent pas seulement du point de savoir si le souverain est un, quelques uns ou beaucoup, mais qu'elles dépendent aussi du degré de la *Souveraineté ainsi exercée.*

Ainsi, dans un Etat où le gouvernement, dans son activité la plus élevée et la plus large est exclusivement dirigé par un ou par quelques uns, la forme est monarchique ou aristocratique, même si le gouvernement appartient au grand nombre dans les affaires d'ordre inférieur et purement locales ou communales (*). Donc, si le souverain pouvoir de diriger le gouvernement dans l'exercice de ses fonctions les plus élevées et les plus étendues réside dans un seul membre, la forme est monarchique. Si ce pouvoir appartient à un nombre de membres petit relativement au chiffre de la population adulte, la forme est aristocratique ; s'il appartient à un nombre de membres *considérable* relativement à la population, c'est la démocratie.

Expliquons nous. De bonne heure, au IIIe siècle, Ulpien écrivit la fameuse maxime : « quod principi placuit, legis habet vigorem » et ainsi il signalait exactement le caractère monarchique de la souveraineté dans le monde romain. A cette époque, il ne restait plus que la trace des hypocrisies politiques cachées sous les formules d'Auguste. Les formes de la législation populaire avaient disparu. Le Sénat, jadis une assemblée de rois, dont l'auto-

(*) Ex. en Russie.

Ajoutons que les formes politiques absolument pures, simples n'existent pas ; que, dans tous les régimes, il y a des combinaisons, des partages d'autorité, des mixtures d'éléments monarchique, aristocratique ou démocratique. Il se conçoit donc qu'il faille ne considérer que l'élément principal, la souveraineté dans ses degrés les plus élevés, dit *Malcom Platt ;* et cela suffit, en se plaçant au point de vue d'Aristote, pour caractériser et différencier les constitutions.

rité tenait les plus hautes magistratures subordonnées à sa volonté, n'était plus qu'un instrument entre les mains du prince ; l'empereur ne tarda pas longtemps à apparaître comme seul maître de l'Etat.

Au contraire, quel que puisse avoir été le caractère du souverain pouvoir en Angleterre dans les premiers temps, durant le XV[e] siècle ce pouvoir prend la forme aristocratique par suite des nombreuses restrictions alors apportées au droit électoral (*). Ce caractère aristocratique a persisté, en dépit de la réaction des Tudors vers l'absolutisme, en dépit des tentatives dirigées contre le gouvernement au temps de Cromwel comme au temps de Chatham, jusqu'à l'extension du droit de vote réalisée par les réformes parlementaires de 1832 et de 1867.

Enfin, la souveraineté est démocratique aux Etats-Unis, dans la Grande Bretagne actuelle, et dans l'Empire germanique : dans chacun de ces Etats le contrôle sur les éléments dominants de l'organisme gouvernemental est confié à un chiffre de citoyens représentant une très forte proportion de la population mâle et adulte. *Aux États Unis,* certaines personnes possèdent constitutionnellement des moyens immédiatement égaux de se faire sentir partout dans les rangs supérieurs du gouvernement ; tandis qu'en Grande Bretagne et plus encore en Allemagne, certaines personnes ont constitutionnellement des moyens inégaux d'exercer leur action. Dans l'empire allemand, par exemple, il y a une grande différence entre le simple électeur, qui ne peut dire son mot dans les délibérations nationales de la Diète que pour une vingt millième part, et l'Empereur, avec ses nombreuses voix au conseil fédéral. La souveraineté est pourtant démocratique à raison du nombre relativement considérable de ceux qui participent au mouvement des degrés supérieurs du pouvoir.

(*) Hannis Taylor. The Eng. Const. I. 527, 575. — May. Const. Hist. II. 460-461.

256. Classement de Montesquieu. Il faut arriver jusqu'à l'*Esprit des lois* de *Montesquieu*, pour trouver dans la littérature politique une tentative de mise sur pied d'un classement nouveau des formes de l'Etat, et de détermination d'un principe nouveau de distinction (24).

Le classement proposé n'est pas heureux : il consiste à distinguer de la monarchie, gouvernement d'un seul contenu par des lois fixes, le despotisme, gouvernement arbitraire d'un seul, et la république, caractérisée par l'attribution de la souveraineté au peuple ou à une fraction du peuple. — N'est-ce pas oublier que le despotisme peut être l'œuvre aussi bien d'une majorité ou d'une minorité, que d'un souverain unique ? ... D'autre part, pourquoi confondre sous le nom de républiques les Etats populaires et les autocratiques : peut-il être permis de les assimiler ? Est-il exact de dire que le despotisme n'est soumis absolument à aucune loi ? D'autre part, la monarchie absolue n'équivaut-elle pas au despotisme, et ne faut-il pas ranger dans les formes mixtes, la monarchie contenue par des lois fixes, comme le dit Montesquieu?

Montesquieu indique comme base de la diversité des Etats, le principe qui doit les inspirer et pourvoir à leur conservation, l'élément ou le sentiment moral qui doit y être dominant. A la monarchie, il donne comme principe : l'honneur ; c'est dans la crainte, qu'il voit le point d'appui des gouvernements despotiques ; l'élément conservateur des Etats républicains réside dans la vertu, que Montesquieu définit : modération dans les aristocraties, amour de la patrie et de l'égalité, dans les démocraties.

Il faut lire, dans l'*Histoire de la science politique* (15), les curieux développements et les intéressantes appréciations que Paul Janet s'est plu à écrire sur cette partie des vues de Montesquieu.

(14) *Palma*, I, page 216 ss. — et surtout *Janet*, II, page 335 ss.
(15) *Paul Janet*, II, page 347 ss.

Nous pensons qu'il est difficile de généraliser en pareille matière. Il est possible, sans doute, en s'attachant à une société, à un Etat déterminé, d'en décrire la forme ou la structure et de faire l'histoire des principes qui l'ont inspiré, des causes morales de ses développements, de sa durée, de sa prospérité ou de sa chute. Mais si l'on sort de l'ordre concret (16), si l'on prétend trouver une règle, qui permette d'affirmer, qu'à une même forme de gouvernement correspond toujours un même ressort dans l'Etat, une même cause de conservation et de progrès, on se livre à une vaine recherche, et l'on se condamnera à n'aboutir, comme Montesquieu et Paul Janet, qu'à de pures *considérations* — très intéressantes sans doute — mais dépourvues de solidité et de portée scientifique.

Tenons-nous en donc à l'antique division d'Aristote, simple et rigoureuse : elle suffit aux nécessités de la théorie et aux *desiderata* du Droit constitutionnel.

257. Les formes mixtes.

Orlando, dans ses Principes de Droit public et constitutionnel, néglige, précisément pour les raisons que nous venons de dire, de s'occuper de la *théorie des révolutions* et de l'étude des *formes mixtes* de l'Etat.

La théorie des révolutions, que l'on trouvera esquissée dans *Platon*, savamment et complètement développée dans *Aristote*, et reproduite par *Bodin* (17), cherche à déterminer comment les formes politiques naissent, se développent et succombent, à trouver la loi qui gouverne la succession historique de diverses espèces de gouvernements. « Recherche stérile, pense Orlando (18), car » cette loi n'existe pas et ne saurait exister ».

Le problème, en tout cas, concernerait plutôt la Sociologie,

(16) Orlando, page 75.

(17) V. l'Histoire de la science politique de Paul Janet.

(18) Page 75.

ou la Philosophie de l'histoire : nous pouvons, dès lors, le laisser à l'écart de nos études juridiques.

Passant de l'ordre abstrait à l'ordre concret, du classement théorique des formes de l'Etat à leurs réalisations historiques, la plupart des auteurs admettent, à côté des trois formes originaires ou simples, ce qu'ils appellent des formes ou des Etats mixtes.

On trouve déjà chez les plus anciens philosophes grecs : Archytas, Hippodame de Milet, puis dans les *Lois* de Platon et dans la Politique d'Aristote, qui cite Lacédémone comme exemple, la théorie des gouvernements mixtes.

Cicéron la reçoit de Polybe et en fait un éloquent exposé au premier livre de *La République*.

Tacite y contredit, la trouvant irréalisable : critique que paraissent s'être appropriée *Machiavel* et après lui *Bodin*. Suivant ce dernier, « le mélange des trois formes » de gouvernement ne fait pas une espèce particulière de ré- » publique (d'Etat) ; car c'est simplement l'Etat populaire.... » Dans ce système, à qui appartient-il de faire la loi, cette » marque certaine de la souveraineté ? Aux trois corps de » l'Etat, c'est-à-dire à tout le monde : l'État est donc popu- » laire..... Lacédémone était une aristocratie, Rome un Etat » populaire, Venise une seigneurie aristocratique ».

Bluntschli (19) refuse aussi d'admettre comme quatrième forme, le mélange des formes simples.

Nous avons déjà dit (n° 254), qu'en effet les formes pures n'existent pas dans la réalité, qu'il faut pour diversifier les Etats, considérer l'élément qui prédomine dans l'exercice des plus hauts pouvoirs de la souveraineté : nous reconnaissons donc aux objections de Tacite, de Bodin, de Bluntschli et de beaucoup d'autres auteurs encore, une large part de vérité.

Mais il serait puéril de nier que les diverses formes ne puissent être mélangées. Innombrables au contraire sont les

(19) I, page 295.

combinaisons dont elles sont susceptibles, et qu'à toutes les époques, l'histoire offre à étudier. « L'Etat mixte, conclut » Palma (20), la splendide série des meilleurs Etats et des » meilleurs écrivains de l'antiquité et des temps modernes » le démontre, est une forme politique rationnelle, et la » meilleure que les anciens surent découvrir et les modernes » perfectionner ».

Faut-il rappeler qu'Aristote, non seulement prônait le principe des formes mixtes, mais consacrait une grande partie de son admirable traité sur la *Politique* à étudier en détail et d'une manière approfondie — dans leur fonctionnement pratique, — deux formes mixtes d'Etats, l'*aristocratie* et la *πολιτεια* (21).

Cette dernière forme a même ses préférences, et il entend par là une combinaison de démocratie et d'aristocratie, prenant son point d'appui dans les classes moyennes, *οι μεσοι*.

Nous reviendrons sur le principe des formes mixtes, dont l'exacte portée réclame d'ultérieures explications.

258. Autres classifications proposées. D'autres classifications des formes d'Etat ont été proposées ; elles ne présentent guère d'intérêt, et n'ont pas réussi à détrôner l'antique classement d'Aristote.

On trouvera dans *Palma* (22), un résumé critique des théories émises sur ce sujet par *Bluntschli*, *Hello*, *Rossi*, *Balbo* et par *H. Passy* (23). Ce dernier est l'auteur d'un bon livre, consacré à l'étude des *Causes* de la diversité des formes de gouvernement : le point de vue sociologique y domine. Toutefois le premier chapitre cherche à définir les formes de gouvernement et *ce qui en fait la*

(20) I, page 224.

(21) Rapport cité de M. le professeur Francotte.

(22) I, page 225.

(23) V. son livre intitulé *Des formes de gouvernement et des lois qui les régissent*, 1876.

différence. La réponse donnée par Passy à cette question, paraît concorder avec ce que nous avons dit, n° 251. « Dans » tous les Etats, se partage l'exercice de la souveraineté. Ce » que n'en gardent (?) pas les sociétés elles-mêmes, revient » de toute nécessité aux pouvoirs qui les régissent, et c'est » l'inégale grandeur des parts laissées à ces mêmes pou- » voirs qui différencie les formes sous lesquelles ils existent » et fonctionnent.... La forme de gouvernement résulte de la » mesure selon laquelle la société qu'il régit participe à sa » composition et à l'exercice des pouvoirs dont il est investi, » ou, si l'on veut, de la mesure de liberté et d'action poli- » tique dont la société qu'il régit, se trouve en possession. » Pourtant, ce point de départ conduit Passy à considérer le classement d'Aristote comme une « méprise des anciens, » commandée en quelque sorte par les particularités de leur » état social ». Il n'admet pas que la diversité des Etats résulte de la répartition des droits politiques seulement: cette répartition « n'indique nullement, ce qui avant tout » caractérise et distingue les gouvernements, le degré d'in- » dépendance et de puissance souveraine qui leur appartient » en propre »,

Avouons ne pas saisir ou du moins trouver imperceptible, la nuance qui sépare notre pensée de celle de Passy. C'est bien du mode de distribution effective de la souveraineté, considérée dans ses pouvoirs dominants, que dépend la distinction des formes d'Etat.

Dès lors, quel reproche pourrait-on faire au classement d'Aristote, à condition, bien entendu, de ne voir dans les trois formes classiques, que des catégories générales, que des définitions non pas fictives, mais d'ordre abstrait, se prêtant, dans la réalité, à des combinaisons d'une variété infinie, à des mélanges non seulement possibles, mais très réels et même recommandables.

Passy se plaçant au point de vue des situations et des problèmes contemporains — a peut être raison de ne con-

sidérer que la distinction fondamentale qu'il y a lieu de faire entre les *républiques* et les *monarchies* : ce sont, dit-il, les deux « formes, sous l'une desquelles sont rangés mainte- » nant les gouvernements des contrées les plus florissantes». Il n'étudie que celles-là en les différenciant d'après « l'iné- » galité de la mesure suivant laquelle les gouvernés partici- » pent à la direction des affaires publiques. Tel est le nombre » de ces différences, qu'il a toujours été impossible d'appli- » quer aux formes de gouvernement qu'elles particularisent » des dénominations suffisamment caractéristiques (24) ».

Il n'y a dans tout ceci rien qui énerve nos conclusions... favorables à la terminologie d'Aristote, et au maintien, dans la science du Droit constitutionnel, des trois formes classiques, ainsi que des formes mixtes auxquelles elles peuvent donner lieu.

§ 2. Le principe des formes mixtes.

259. La meilleure organisation. De tous temps cette question s'est posée : Quelle est la meilleure forme de gouvernement ?

De quelle manière convient-il de distribuer la souveraineté ?

Il faut reconnaître à Aristote l'immense mérite de n'avoir à cet égard pas d'opinion absolue, d'avoir le premier affirmé la nécessité d'approprier les institutions aux temps et aux lieux, de faire dépendre la valeur des régimes politiques, quels qu'ils soient, de leur adaptation à l'état social des peuples qu'ils régissent.

Il n'hésite pourtant pas à décrire une constitution idéale, et des constitutions, « les meilleures possibles » (25).

Il ne repousse d'autre part aucune forme.

Il admet même la monarchie absolue, en faveur du génie

(24) V. le livre de Passy, pages 7 à 9.

(25) *Henri Francotte.* Rapport cité, page 14.

seulement. Son système favori est la *République* : combinaison de *démocratie* et d'*aristocratie*, unissant *le principe de liberté* avec des garanties *de fortune et de mérite.*

L'oligarchie s'appuie sur les riches, la démagogie sur les pauvres : la république doit trouver son point d'appui dans les *classes moyennes, οι μεσοι*, ennemies des bouleversements, dont elles ne peuvent que souffrir, hostiles à la prépondérance excessive des riches, qui conduit à l'oligarchie, comme à la domination des pauvres, qui est la démagogie.

Dans d'autres passages (26), Aristote défend le principe des gouvernements mixtes. « Pour assurer la durée d'un Etat, il faut intéresser toutes ses parties à sa conservation et la leur faire désirer ».

C'est la thèse qu'*Archytas* énonçait déjà, et que Villemain traduisait avec la plus grande surprise (27) d'un texte du pythagoricien *Hippodame de Milet* (28). L'historien grec

(26) Ils sont cités dans Palma, I, page 218.

(27) Voir le Discours préliminaire à la traduction de la République de Cicéron.

(28) « Il faut, dit Archytas, que la meilleure cité se compose de la réunion de toutes les autres formes politiques, qu'elle renferme en soi une part de démocratie, une part d'oligarchie, de royauté, et d'aristocratie ».

La même idée reçoit un développement plus étendu et des formes presque modernes dans le fragment extrait d'un livre sur la République, du pythagoricien Hippodame « Les lois produiront surtout la stabilité, si l'Etat est d'une nature mixte et composé de toutes les autres constitutions politiques; j'entends de toutes celles qui sont conformes à l'ordre naturel des choses. La tyrannie, par exemple, n'est jamais d'aucune utilité pour les Etats, non plus que l'oligarchie. Ce qu'il importe donc de placer pour première base, c'est la royauté ; et, en second lieu, l'aristocratie. La royauté, en effet, est une sorte d'imitation de la Providence divine ; et il est difficile à la faiblesse humaine de lui conserver ce caractère ; car elle se dénature bientôt, par le luxe et la violence. On ne doit donc pas en user sans limites, mais la recevoir aussi puissante qu'il faut, et dans la proportion la plus utile à l'Etat. Il n'importe pas moins d'admettre l'aristocratie, parce qu'il en résulte l'existence de plusieurs chefs, un combat d'émulation entre eux, et un fréquent déplacement de pouvoir. La présence de la démocratie est aussi nécessaire, le citoyen qui est une portion de tout l'Etat a droit de recevoir sa part d'honneur ; mais il faut s'y prêter modérément, car la multitude est entreprenante et se précipite.

Polybe, l'ami et l'éducateur de Scipion, développe la même doctrine (29).

Nous donnons en note (30), en l'extrayant de la traduction de Villemain, le passage de la république de *Cicéron*, où le grand orateur romain se prononce aussi pour le principe des formes mixtes.

(29) La plupart de ceux, dit-il dans ses *Fragments*, qui font profession de raisonner sur ces matières, reconnaissent trois natures de gouvernement : la royauté, l'aristocratie, et l'Etat populaire. Mais il me semble qu'on peut avec quelque fondement s'enquérir s'ils nous produisent ces formes politiques comme les seules existantes, ou simplement et à bon droit comme les meil leures. Car sur les deux points je les crois dans l'erreur. Il est évident, en effet, qu'il faut estimer la plus excellente constitution, celle qui se composerait de toutes les autres formes déjà nommées. De plus on ne saurait admettre que ces trois formes soient les seules.... etc.

Toute domination d'un seul n'a pas le droit d'être appelée Royauté ; mais celle-là seulement qui s'appuie sur une juste obéissance et qui s'exerce plutôt par la sagesse que par la terreur et la force. Il ne faut pas croire non plus que toute oligarchie soit une aristocratie ; mais celle-là seulement qui porte au pouvoir par élection les hommes les plus justes et les plus sages. De même, il ne faut pas nommer Démocratie un Etat, où toute la foule est maîtresse de faire ce qu'elle propose ; mais là, où il est d'un usage antique et familier d'adorer des dieux, de servir les pères, d'honorer les vieillards, d'obéir aux lois : voilà la réunion d'hommes que, si l'avis du grand nombre y domine, il faut appeler démocratie ».

(30) Cicéron, après une vive peinture des factions oligarchiques, de la tyrannie et de la licence populaire, ajoute ces paroles remarquables : « A la vue de tels maux, la royauté me semble l'emporter de beaucoup sur ces trois gouvernements corrompus, mais ce qui l'emportera sur la royauté, c'est un gouvernement qui se composera du mélange égal des trois meilleurs modes de constitution, réunis et tempérés l'un par l'autre. J'aime, en effet, que, dans l'Etat, il existe un principe éminent et royal, qu'une autre portion de pouvoir soit acquise et donnée à l'influence des grands, et que certaines choses soient réservées au choix et à la volonté de la multitude. Cette constitution a d'abord un grand caractère d'égalité, condition nécessaire à l'existence de tout peuple libre. Elle offre ensuite une grande stabilité. En effet, les premiers éléments dont j'ai parlé, lorsqu'ils sont isolés, se dénaturent aisément et tombent dans l'extrême opposé, de manière qu'au roi succède le despote, aux grands l'oligarchie factieuse, au peuple la tourbe et l'anarchie. Souvent aussi ils sont remplacés et comme expulsés l'un par l'autre. Mais dans cette combinaison de gouvernement qui les réunit et les confond avec mesure, pareille chose ne saurait arriver, à moins de supposer de grandes erreurs dans les chefs d'Etats. Car il n'y a point de cause de révolution là ou chacun est assuré dans son rang, et n'aperçoit pas au dessous de place libre pour y tomber.»

Ce principe se perpétue traditionnellement chez les philosophes du Moyen âge : la *Somme théologique* de St-Thomas d'Aquin l'énonce en terme exprès. La même théorie n'apparaît chez Machiavel que comme une simple réminiscence de Polybe (31).

Bellarmin, à la fin du XVI[e] siècle, tout en prônant la supériorité théorique de la monarchie pure, préfère, dans les conditions actuelles de la société, la monarchie mixte ; il n'y introduit cependant qu'une part trop restreinte de démocratie; il en trouve une admirable application dans l'organisation de l'Eglise catholique (32). *Bodin*, dans ses livres de la République (1577) n'admet pas comme quatrième forme le mélange des trois autres, mais développe une ingénieuse théorie, d'après laquelle il recommande le mélange harmonieux de *leurs principes* (33).

Arrivons à l'*Esprit des lois.*

On cherche dans Montesquieu une conclusion, une réponse à la question classique « Quelle est la meilleure forme de gouvernement ? » *Montesquieu n'y répond pas directement.* Çà et là il manifeste ses préférences pour la monarchie, et fait montre, à maintes reprises, de préjugés aristocratiques.

Cependant, au livre XI, *il aborde le grave problème de la Liberté politique.* Il se demande alors quels sont les gouvernements libres. Il répond : « La liberté politique ne se trouve que dans les *Etats modérés* », et Montesquieu entend par là le gouvernement *monarchique non despotique*, c'est-à-dire contenu par une aristocratie animée du sentiment de l'honneur et par des lois fixes et immuables : ce qui suppose, dit *Montesquieu*, des lois fondamentales, en un mot une constitution et des corps politiques « qui annoncent les lois lorsqu'elle sont faites et les rappellent lorsqu'on les oublie ».

Il s'est trouvé, à la fin du XVIII[e] siècle, un écrivain Napolitain, qui s'est donné l'illusion de refaire l'Esprit des

(31) Paul Janet, I, p. 521.
(32) Paul Janet, II, 78.
(33) Paul Janet. II, p. 120 et 124.

lois (34) sous le titre de Science de la législation. L'auteur y critique tout le temps Montesquieu, mais il ne cesse de s'en inspirer, Paul Janet expose et réfute longuement les critiques dirigées par *Filangieri* à la fois contre le principe de la séparation des pouvoirs et contre le principe des gouvernements mixtes ou modérés.

En revanche, un excellent plaidoyer en faveur de ce dernier principe peut se lire dans la *Défense de la Constitution des Etats-Unis*, œuvre du second président de la *Fédération*, *John Adams*. Cette œuvre parue en 1787-1788 est traduite et publiée en France en 1792 : l'auteur y prône surtout la dualité des Chambres, en d'autres termes l'application du régime anglais aux institutions républicaines (35).

260. Arguments favorables au principe.

Avec *Palma* et la plupart des auteurs, nous nous rallions au principe des formes mixtes ; c'est dans les formes pures de gouvernement que se rencontrent le plus d'inconvénients et, pour la liberté, les plus graves périls, pour les citoyens, le moins de sauvegarde.

Monarchie, aristocratie, démocratie pures, souveraineté d'un seul, d'une minorité ou de la majorité : chacun de ces systèmes offre quelques avantages sans doute, à côté de graves défauts.

Ne faut-il pas en conclure qu'il y a lieu, en combinant les formes, de corriger les uns par les autres leurs mutuels inconvénients, et de réunir ainsi tous les avantages, tous les éléments de garantie, le *maximum* de perfection relative, que comportent l'état social et les situations historiques ?

La monarchie implique l'unité d'action, l'énergie, la promptitude, l'esprit de suite (Hérodote). Un prince parfait, c'est l'idéal des gouvernements (Xénophon, Platon, Aristote, St Thomas).

(34) Paul Janet, II, p. 530.
(35) Paul Janet, II, p. 708.

La monarchie est l'expression la plus logique du principe d'*autorité*. Elle assure à la Société — l'ordre — l'union — la durée (Bellarmin). — Un monarque sage est seul capable de garder une juste mesure entre le nombre et le mérite, entre l'égalité démocratique et les prétentions aristocratiques (Bodin). C'est dans le système monarchique que les intérêts privés du monarque s'identifient le mieux avec l'intérêt public. (Hobbès. — P. Janet). La royauté réalise seule la majesté du pouvoir et impose seule le respect (Bossuet).

Mais le prince peut se tromper gravement, se laisser égarer par ses passions, ses caprices, être le jouet des intrigues (Aristote). Le long usage et les séductions du pouvoir amènent une sorte d'enivrement. Le pouvoir d'un seul plus que tout autre, tend à s'accroître et à se changer en tyrannie.

La monarchie renferme en elle-même le principe de sa ruine (Aristote). Elle ne peut se conserver que par la modération et elle n'est modérée, que s'il y a en dehors d'elle un pouvoir intermédiaire entre le prince et le peuple, un *corps politique* investi de la mission de sauvegarder les lois fonmentales de l'Etat (Montesquieu).

L'Aristocratie est, par définition, le gouvernement des meilleurs, de l'*élite des citoyens* (Hérodote. — Xénophon) *des sages* (Platon). Mais la sagesse, le mérite se déplacent; tandis que l'influence et le pouvoir ne s'enlèvent pas aisément. L'aristocratie devient aisément oligarchique et sa tyrannie est plus insupportable encore que celle d'un monarque.

De plus, le régime aristocratique favorise les rivalités, les séditions, les funestes divisions entre les grandes familles.

La Démocratie pure a pour base l'égalité et la liberté; elle donne libre carrière à l'esprit de mouvement et de progrès; elle permet au peuple de régler lui-même ses destinées et de pourvoir lui-même à ses intérêts. Mais la multitude est *ignorante* — impressionnable — changeante. Elle n'a nulle compétence pour exercer le pouvoir ni même pour choisir

ses chefs. Elle se laisse facilement entraîner par les *flatteurs*, (les frelons oisifs et prodigues, disait Platon) et se jette facilement dans les bras de la dictature.

Le meilleur système ne peut, dès lors, consister qu'à combiner tous ces principes, tous ces éléments, de manière à les mettre en présence et à les pondérer l'un par l'autre. Telle est la conclusion, qui nous semble devoir être appelée à prévaloir, à former le dernier mot de la Science politique, sous réserve d'ailleurs des moyens et des variétés d'applications, et sous réserve d'une exacte interprétation du principe.

261. Interprétation du principe des formes mixtes.

Le principe des formes mixtes, battu en brèche au XVIIIe siècle par *J.-J. Rousseau* et *Filangieri*, a de nos jours de nombreux adversaires. Nous en avons cité plusieurs, n° 257. — C'est la critique de *Bluntschli*, que s'approprie *Burgess* (36). *Palma* (37) fait remarquer avec raison que les objections présentées s'adressent en réalité à la théorie mal comprise, et non au principe exactement interprété.

Quelle en est, en définitive, l'exacte portée ?

Il faut redoubler ici d'exactitude et de précision, sous peine non seulement de nous voir attribuer des thèses absurdes, mais de voir confondre le principe même — règle abstraite et générale — susceptible dans les républiques comme dans les monarchies, de réalisations concrètes fort variables—avec des formes qui n'en étaient que l'application, formes légitimes en soi, excellentes jadis et même excellentes encore en certains coins du monde, mais, pour nous, démodées et ensevelies dans le passé.

Notre adhésion au principe implique-t-il l'affirmation

(36) Political science and comparative costituzional law.

(37) I, p. 223.

qu'une bonne constitution devrait résulter de la combinaison des *formes* monarchique, aristocratique et démocratique, qu'un bon gouvernement doit nécessairement être à la fois *royal, aristocratique* et *populaire ?*

Cette formule serait indéfendable.

Nous estimons, au contraire, que l'*idée* monarchique peut se trouver réalisée dans une république, non moins que l'idée démocratique, ou si l'on veut le principe de souveraineté nationale dans un royaume héréditaire (38). Faut-il ajouter qu'il y a des républiques comme des monarchies aristocratiques ? Rome, Venise, l'Angleterre en témoignent suffisamment. *Paul Janet* (39) attribue sur ce sujet à *Tacite* et à *Bodin* une opinion, qu'il fait sienne, et que nous faisons nôtre : « *Ce ne sont pas les formes de gouvernement, qu'il » faut concilier, mais leurs principes :* l'unité d'action qui » est propre à la monarchie, la supériorité du mérite, qui » est propre à l'aristocratie, la liberté politique et l'égalité » civile, caractères propres de la démocratie. »

262. Application de l'idée monarchique. *La forme monarchique n'est qu'une application de l'idée monarchique :* celle-ci n'est rien d'autre que le principe d'unité, d'autorité et de continuité. La majesté et le prestige, la force et la puissance, l'habileté et la discrétion, l'énergie, l'esprit de suite et la promptitude dans les commandements, sont des qualités dont le Souverain doit faire preuve, *en certains cas*, dans l'exercice de sa misssion, Ces qualités, sauf des éventualités assez rares, on ne peut les reconnaître à des corps délibérants, à des minorités, privilégiées ou non, ni à des majorités populaires.

L'histoire est là pour le démontrer. C'est dans *un* chef

(38) Nous ne pouvons à cette égard adhérer aux opinions d'*Esmein*, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé.*

(39) Histoire de la science politique, t. I, page 258.

d'Etat, qu'il faut les chercher ; et dès lors c'est à un titulaire unique, qu'il convient d'attribuer les fonctions de la souveraineté, dont l'exercice réclame la réunion de ces aptitudes et le déploiement de ces qualités. Ces fonctions sont celles du pouvoir gouvernemental et administratif, confié, dans tous les pays à peu près, au *chef* unique de l'Etat.

Mais pour que l'idée monarchique soit respectée, l'hérédité de sa charge ne suffit pas dans les monarchies, pas plus que ne suffisent dans les républiques l'étendue et la durée de ses pouvoirs. Il lui faut assurer dans tous les Etats une réelle indépendance, une situation forte et respectée. Il ne peut être le serviteur du parlement, qui deviendrait bientôt l'usurpateur de ses fonctions. L'indépendance, relative naturellement, qui doit lui être garantie, il la doit posséder autant que possible par l'origine et par l'irrévocabilité (40) de sa charge, non moins que par une participation sérieuse et effective à l'autorité suprême, notamment aux pouvoirs législatif et constituant. Ce doit être un organe de la souveraineté ; sinon son rôle pourra être effacé, son action fréquemment inefficace, son influence annihilée, en même temps que manqueront de frein modérateur les éléments aristocratiques ou populaires, introduits par la Constitution dans le système politique.

263. Application du principe démocratique.

Il faut, en second lieu, sauvegarder efficacement, dans l'organisation de la souveraineté, le principe ou l'idée démocratique. Cet élément doit contenir et limiter les éléments monarchique et aristocratique ; il a d'ailleurs sa légitimité et sa valeur propre. Il est à beaucoup d'égards favorable au progrès, utile au bien de l'Etat. Avec lui pénètrent dans la direction des affaires publiques l'influence du nombre, les lumières de l'opinion publique, le respect des volontés et des sentiments de la nation, exprimés

(40) Tout au moins *temporaire*.

par les organes de la majorité des citoyens. La démocratie introduit dans l'exercice de la souveraineté l'esprit d'égalité et de liberté, le souci des réformes, la représentation de tous les intérêts, moraux, intellectuels, matériels, le zèle à redresser les griefs. « Elle favorise, dit *de Tocqueville*, le dévelop» pement du bien-être, de l'instruction, l'esprit de solidarité » sociale et de compassion pour les misères humaines ».

Cet élément trouve sa réalisation dans le régime représentatif : il comporte au moins l'institution d'une Chambre des représentants, érigée en organe effectif de la souveraineté, participant au pouvoir constituant, au pouvoir législatif, votant les budgets et les charges publiques et jouissant d'un droit de contrôle, général et effectif, sur la marche et les actes des autres pouvoirs constitués.

Il est presque superflu d'ajouter que l'idée démocratique peut s'étendre et être développée — soit par l'application du principe électif aux divers pouvoirs, — soit par des systèmes d'intervention directe de la nation dans l'exercice de la puissance publique : ex. : l'*initiative populaire* et le *referendum*, comme en Suisse.

264. Application du principe aristocratique. Voilà donc le peuple et le chef de l'Etat en présence, l'esprit d'autorité et l'esprit de liberté en contact. Cette opposition nécessite un élément médiateur. Montesquieu fait appel, pour jouer ce rôle, à un corps intermédiaire, qui serve de trait d'union entre l'élément monarchique et l'élément démocratique, qui représente dans l'organisation et le fonctionnement du pouvoir suprême, l'élément de qualité et de mérite.

La *réalisation* de cet élément comporte, suivant Montesquieu, l'institution d'une *noblesse*, comme en Angleterre, c'est-à-dire d'une classe pourvue de *privilèges*, transmissibles par voie d'hérédité. Sans privilège, sans hérédité, pas de uoblesse, pas d'aristocratie, dans le sens traditionnel de ces mots.

Cette thèse n'est pas la nôtre.

L'institution d'une noblesse héréditaire n'est qu'un moyen d'introduire dans l'Etat le *principe de qualité, l'influence du mérite et de la supériorité.* — Ce procédé n'est ni le seul, ni le meilleur ; il n'est d'ailleurs que rarement utilisable. Les noblesses ne se créent pas d'un coup de baguette ; et l'on doit se rappeler que Napoléon échoua dans l'œuvre de formation d'une noblesse à sa convenance.

Il est assez rare de trouver dans un pays les éléments d'une aristocratie véritable. La noblesse doit être le prix des services rendus ; elle est l'œuvre de l'histoire, elle ne peut avoir une origine artificielle.

Ne serait-il pas d'ailleurs étrange et déraisonnable, de ne reconnaître comme bonnes, comme offrant les garanties désirables, que des constitutions reposant sur des privilèges de classes.

Sans doute, les progrès de l'égalité ne sont pas toujours ceux de la liberté ; la liberté anglaise heurtant les privilèges est plus complète et plus sure que la liberté française, leurrée d'égalité ?

Néanmoins, c'est vers l'égalité que le progrès emporte le monde, et ce n'est pas en nous imposant le maintien des noblesses, que la Providence nous fait une loi d'appliquer sainement le fécond et salutaire principe de *qualité* et de mérite, l'idée aristocratique rationnellement entendue.

Cette idée-principe, c'est l'idée de capacité, de valeur, de compétence personnelle adoptée comme but à poursuivre dans l'organisation politique. Cet élément doit représenter, dans l'exercice de la souveraineté, la qualité, la science, le talent, les services rendus, les traditions et les gloires nationales ; son rôle est de modérer les prétentions égalitaires, d'opposer une digue à la domination du nombre, de la masse, aux égarements de la démagogie.

Pour introduire cet élément, il n'y a pas qu'un procédé Il ne suffit pas d'instituer une chambre haute, un sénat ou-

vert aux supériorités sociales, aux citoyens éminents et méritants.

C'est dans tous les domaines, dans tous les organismes de la souveraineté,qu'il faut poursuivre la réalisation du principe, s'efforcer partout de faire arriver, ne disons pas aux honneurs, mais aux magistratures, aux fonctions et aux mandats publics, l'élite des citoyens.

L'élection elle-même est un moyen de faire parvenir les plus dignes, et c'est pour cela que la base d'organisation des systèmes électoraux (V. notre second volume) n'est nullement le suffrage universel inorganique, mais bien l'électorat convenablement étendu et rationnellement organisé, en vue de former une majorité de gouvernement et une assemblée délibérative d'hommes capables.

Donner accès aux meilleurs, aux citoyens instruits et compétents, aux plus honnêtes, aux plus dévoués, aux plus méritants, c'est faire de la vraie et salutaire démocratie, dira-t-on. C'est aussi comprendre dans son sens légitime et et avec son exacte portée,le principe aristocratique caractérisé par un mot dont *l'étymologie* même révèle toute la valeur morale : aux meilleurs (*αριστοι*), non pas tout le gouvernement, mais une part de souveraineté, aux meilleurs les places, les magistratures, les fonctions, les mandats. Nous verrons plus tard que le principe reçoit, dans l'organisation du pouvoir judiciaire une application très apparente et du plus haut intérêt.

§ 3. Les termes actuels du problème des formes de l'Etat.

265. Renvoi au deuxième volume. — Régime représentatif. Le problème des formes de l'Etat, dans les applications concernant les pouvoirs, s'étend, à notre époque, à *trois questions* distinctes, à propos desquelles les théoriciens et les Etats se divisent en groupes d'opinions et d'institutions diverses :

1° La question : *monarchie* ou *république ;* elle se rapporte au système de désignation du chef de l'Etat et au mode de transmission de ses pouvoirs ; nous en traiterons *sommairement* dans notre second volume, en étudiant le pouvoir exécutif.

2° La question : *gouvernement personnel* ou *régime parlementaire* (gouvernement de cabinet) ; nous nous en occuperons dans notre second volume, en étudiant l'institution ministérielle ;

3° La question : *monarchie tempérée* ou *monarchie constitutionnelle ;* elle se réfère à l'étendue ou à la délimitation des droits de l'exécutif, des attributions du chef de l'Etat ; c'est à propos de l'exécutif qu'il en sera question. (V. encore notre deuxième volume).

Il y a entre ces diverses questions une étroite connexité, car elles dépendent toutes du mode de répartition du pouvoir entre le gouvernement et la représentation nationale, de la *grandeur des parts* d'autorité réelle leur attribuées, et de la dose d'indépendance ou d'influence respective, qui leur appartiennent dans leurs relations réciproques.

Mais elles laissent intact le principe fondamental des formes mixtes de l'Etat, dont toutes impliquent l'application.

Qu'il s'agisse de monarchies ou de républiques, de monarchies tempérées ou constitutionnelles, de gouvernements personnels ou parlementaires, l'existence d'une représentation nationale est toujours présupposée.

C'est sous le nom de *régime représentatif* qu'est usuellement désigné le système politique établi dans les Etats mixtes.

Thonissen, dans son *Commentaire de la Constitution Belge* (41), ne voit rien moins qu'une prophétie de la mo-

(41) Page 188.

narchie anglaise, dans le célèbre passage d'*Hippodame de Milet* (ci-dessus, nº 259, en note), prônant les gouvernements mixtes.

Giron (42), voit également dans la monarchie constitutionnelle, une combinaison de la forme monarchique avec la démocratique et l'aristocratique, et fait, à son propos, l'histoire sommaire du régime représentatif en Angleterre.

Esmein (43), range parmi les Etats mixtes toutes les monarchies constitutionnelles des temps modernes.

Palma (44), il est vrai, n'admet pas cette synonymie, parce qu'il entend, comme Montesquieu, par régime mixte, une combinaison de formes et non de principes. Il est vrai que la caractéristique essentielle du régime représentatif consiste dans l'attribution plus ou moins étendue de la souveraineté à une élite de citoyens, nommés représentants et désignés soit par élection, soit par d'autres moyens appropriés 45).

Mais, dans tous les Etats où ce régime existe, se rencontre le mélange des principes, sinon des formes, et dès lors l'on ne peut méconnaître en fait l'équivalence des situations : Etats mixtes et Etats représentatifs se confondent.

En défendant le principe des formes mixtes, c'est donc le système représentatif, que nous avons défendu et prôné.

Il nous reste — dans notre deuxième volume — à en exposer les règles et l'organisation.

(42) Dictionnaire. Vº Etat, nºˢ 9 ss.

(43) Eléments de Droit constitutionnel page 4.

(44) Corso di Diritto Costituzionale, I, ch. VII — page 223 — V. également page 382.

(45) *Palma, loco citato.—St Girons, Droit constitutionnel*) pages 107 et 108). *Contuzzi* Diritto Costituzionale p. 192 ss.

§ 4. La notion d'organes (46).

266. Théories en présence. Le second volume du présent ouvrage aura pour objet d'étudier les pouvoirs et les organes de l'Etat, les pouvoirs c'est-à-dire les branches diverses de la puissance publique constitutionnellement démembrée ; les organes, c'est-à-dire la désignation, les relations, les compétences et les devoirs des personnes ou des groupes de citoyens, auxquels se trouve confié l'exercice des pouvoirs.

Quelle est la situation de ces personnes, des citoyens exerçant individuellement ou collégialement les divers pouvoirs ? C'est par l'examen de ce dernier problème que nous terminerons ce volume.

Les solutions, qu'on y propose, sont de deux espèces : les unes ont pour base la personnalité reconnue à l'État ; les autres nient cette personnalité, ou n'admettent, comme nous, l'individualité juridique de l'Etat que comme formule purement abstraite et symbolique.

Les partisans de la personnalité de l'Etat, pour expliquer la situation juridique des citoyens en lesquels il s'incarne, ont recours soit à *la théorie du mandat ou de la représentation*, soit à la *théorie de l'organe*, créée en Allemagne par *Gierke* (47). Le terme organe est conciliable avec nos opinions, et nous le conserverons, mais seulement, comme corollaire du concept d'individualité, avec les mêmes caractères et pour les mêmes raisons de convenance pratique. Examinons successivement ces diverses doctrines.

(46) *Jellinek:* Algemeine Staatslehre, 1900.

Duguit. L'Etat, le Droit objectif et la Loi positive — et surtout le second volume intitulé : Les gouvernements et les agents.

Michoud. La théorie de la personnalité morale I, nos 59 ss.

Saripolos La démocratie et l'élection proportionnelle.

(47) Genossenschaftstheorie 1888. V. *Duguit*, II. p. 26.

267. Théorie du mandat ou de la représentation. Une fois admise la personnalité de l'État, il est tout naturel de rechercher quelles relations juridiques peuvent bien exister entre lui et les citoyens qui de fait en exercent les droits et les attributions.

L'idée du mandat ou de la représentation s'est tout naturellement présentée à l'esprit pour éclaircir et expliquer cette situation. La *lex regia* n'impliquait-elle pas un mandat confié à César par le peuple, et vis-à-vis de César les agents de l'autorité étaient-ils autre chose que mandataires de l'empereur ? (48) Les Romains, juristes avant tout, avaient été, en effet, les premiers, à transporter dans le droit public, la théorie du mandat privé et le concept de représentation qui en dérive (49).

Cette notion disparaît au Moyen âge, sous l'influence des idées féodales, mais elle reparaît dès le XVI[e] siècle ; elle prévaut même pour expliquer les relations entre le chef de l'Etat et les officiers publics (50), et dans les rapports entre les électeurs et les députés aux Etats généraux.

Après 1789, malgré l'impitoyable logique de Rousseau, c'est la nation personnifiée, qui est considérée comme donnant mandat aux dépositaires des pouvoirs de les exercer en son nom, et la Constituante ne refuse pas même le caractère représentatif à Louis XVI, auquel elle impose le titre de roi des Français (51), ni au pouvoir judiciaire, qu'elle *délègue* à des juges élus.

L'Empire ne fut lui aussi qu'un gouvernement par représentation ; le plébiscite a le caractère d'un mandat donné à l'empereur par le peuple souverain.

Inutile de rappeler que, momentanément abandonné sous la Restauration, le même principe est nettement affir-

(48) Duguit II, p. 6 et 9

(49) Duguit, II, p. 11.

(50) Duguit, II, p. 13 à 15.

(51) Duguit, II, p. 19 à 22.

mé dans la constitution républicaine de 1848 et n'a cessé depuis de prévaloir en Droit public positif.

Et pourtant, ce principe est faux et artificiel.

Le concept de représentation attaché à l'idée de mandat n'est d'abord qu'une fiction (52), utile et féconde sans doute en droitprivé, mais dont l'application èventuelle au Droit public devrait être justifié et théoriquement et politiquement: en droit positif, il est certain qu'elle y est inapplicable, car le Code civil n'a pas été fait pour les autorités publiques.

Il n'est pas vrai que la nation (?) soit souveraine, donne mandat (où et quand?) aux électeurs de former un corps représentatif, ou que, représentée (?) par les électeurs, elle nomme elle-même (?) les députés, avec mission à leur tour d'exercer sa souveraineté et de sous-déléguer à d'autres citoyens les pouvoirs exécutif et judiciaire.

Pour que la nation pût donner mandat à ceux qui deviennent les gouvernants, il faudrait qu'elle fût concevable comme sujet de droit distinct, ayant volonté et capacité; il n'en est rien. Les organes primaires (*Jellinek*) de l'Etat c'est-à-dire de la nation juridiquement organisée, ce sont les électeurs; et ils sont appelés non pas à donner mandat, mais à désigner par voie de sélection (53) les membres du Corps législatif.

Ceux ci, de leur côté, n'ont pas à déléguer des pouvoirs qu'ils ne possédent point, à constituer des mandataires pour des fonctions qu'ils n'ont pas à exercer. La qualification de mandataires du parlement n'appartient ni au Chef de l'Etat, ni aux ministres, ni aux magistrats judiciaires.

C'est la qualité de fonctionnaires, ou d'agents subordonnés qu'il faut donner aux citoyens ayant accepté, à la suite d'une nomination gouvernementale, une fonction légale ou un emploi; ils exercent bien en définitive des attributions qui leur viennent de la Constitution ou de

(52) *Duguit*, II, page 8.

(53) *Orlando*. Revue de Droit public, t. III. 1895. p. 1 ss.

la loi, mais ils ne les reçoivent pas de l'autorité qui les nomme; ils tiennent leur situation du pouvoir constituant ou législatif : la nomination n'est qu'un fait juridique, un acte du pouvoir exécutif, qui conditionne l'application du Droit constitutionnel ou légal (54).

Qu'on n'exagère point toutefois notre pensée.

Ce qui est vrai, et ce qu'il suffit d'affirmer, c'est que la situation juridique des citoyens exerçant les pouvoirs et les fonctions n'est point régi par les principes du mandat en droit civil: c'est une thèse que nous ne pourrions admettre même si nous acceptions comme réelle la personnalité de l'Etat.

Le langage populaire et traditionnel continuera néanmoins d'employer en mille occasions les termes mandat et représentation pour caractériser la situation vis-à-vis du pays, ou dans leurs rapports mutuels, des divers organes de la puissance publique. Il nous est à nous-même impossible de nous passer de ces mots; et comme tout le monde, nous ne saurions nous abstenir de parler, çà et là, des mandataires du peuple, du chef de l'Etat représentant la nation, des Ministres représentants du Roi auprès du parlement et du parlement auprès du roi, des fonctionnaires représentant l'autorité centrale et des délégués du gouvernement... etc.... Il ne s'agit, dans toutes ces formules, que de marquer l'accord nécessaire qui doit régner entre les autorités, entre les organismes politiques, entre le gouvernement, la législature et le pays.

Nous avons développé la thèse que l'Etat doit avoir un caractère national (ci-dessus, n°s 166 ss.); dans les développements donnés à ce sujet, c'est en somme l'idée représentative que nous avons mise en relief.

Ajoutons même qu'à un certain point de vue — strictement juridique — l'autorité établie a une mission foncièrement représentative; elle représente le public ; le pouvoir est mandataire ou procureur de tout le monde, en ce sens qu'il

(54) *Duguit*, II, pages 430 et 432.

a qualité pour promettre ou stipuler au nom des citoyens. Ceux ci peuvent se prévaloir des droits stipulés par lui en leur faveur, comme ils peuvent être tenus d'obligations souscrites par lui à leur détriment. Un cahier de charges relatif à un service public contient d'ordinaire des clauses que les particuliers peuvent juridiquement invoquer, ou qui peuvent leur être opposées (ex.: cahier de charges d'une concession de chemin de fer).

Voyez l'art. 68 de la Constitution : il prévoit expressément la conclusion par le gouvernement,sous réserve de ratification par les Chambres, de traités *pouvant lier individuellement les Belges.*

Donc, si les organes de l'autorité ne sont pas les *mandataires privés* des citoyens, ils remplissent néanmoins une mission, qui peut comporter un pouvoir représentatif, le droit, en certain cas, de stipuler, et de promettre en leur nom.

268. Théorie de l'organe. A la théorie du mandat, la Science allemande (55) oppose une théorie plus subtile et plus vraie, « théorie curieuse, dit *Duguit*, « merveilleusement construite et paraissant » s'adapter aux faits politiques, bien mieux » que la conception du mandat représentatif ».

C'est la théorie juridique de l'organe.

Jellinek, qui l'a empruntée à *Gierke*, l'applique spécialement à l'Etat.

Elle a du succès en France.

Elle repose sur l'idée qu'une personne morale, comme l'Etat, ne peut se traduire à l'extérieur qu'en s'incarnant dans des individus humains, seules personnes véritables.

Ces individus incarnant la personne morale, sont directement ses organes, nullement ses mandataires ou ses repré-

(55) V. *Michoud*. La personnailté morale, I. n[os] 60 s., et *Duguit* II, p. 26 ss. *Laband* Archiv für civilistische Praxis, t. LXIII p. 187.

(56) V. *Michoud* qui donne sur ce sujet (I, p. 131) une grande note bibliographique

sentants; ils s'identifient avec elle; elle n'existe qu'en eux et par eux.

Le mandat suppose deux personnes, un mandant et un mandataire, deux volontés distinctes.

La notion d'organe suppose au contraire l'unité de volonté, ou de personne, incarnée en ses organes, voulant et agissant par eux; elle impliquo une seule entité juridique, la collectivité organisée.

Quand un citoyen traite avec un organe de l'Etat, ministre ou fonctionnaire quelconque, il traite directement avec l'Etat même: ce dernier est seul intéressé et responsable; l'organe ne peut être mis en cause.

S'ils étaient mandataires, les dépositaires de l'autorité agissant individuellement ou collégialemeut seraient responsables des délits ou quasi-délits commis par eux.

Considérés comme organes directs de l'autorité, leur délits ou quasi délits,deviennent au contraire les délits ou les quasi-délits du pouvoir lui-même, personnellement, et directement responsable (57)

Ainsi, la qualité d'organe découle de la constitution même de la personne morale (58); l'organe n'est rien qui soit distinct d'elle.

Dès lors, l'organe incarne sa vie politique tout entière, et comme telle, elle devient susceptible d'ignorance ou d'erreur, de bonne ou de mauvaise foi, capable d'aveu ou de serment, de faute ou même de délit(59); entre divers organes d'une même individualité juridique, il ne peut y avoir que des difficultés de compétence (69)

Derrière le représentant (ou mandataire) il y a une autre personne; « derrière l'organe, il n'y a rien. » L'Etat ne peut » subsister que par ses organes; si on fait abstraction des

(57) *Duguit*, II, p. 33 et 34.

(58) *Michoud* I, p. 132.

(59) *Michoud* I, p. 133.

(60) *Ibidem*, p. 134.

» organes, l'Etat ne subsiste point comme support des orga-
» nes, il n'y a alors qu'un néant juridique. » (61)

Comment ne pas s'étonner avec Duguit qu'en un siècle de science positive les jurisconsultes les plus réputés de l'Allemagne et de la France en soient encore à créer des entités scolastiques.

« Essayons, conclut-il, de nous débarrasser, une fois
» pour toutes de ces fonctions, de prendre les choses comme
» elles sont... Adaptons les théories juridiques aux faits et
» non point les faits aux théoriques juridiques. »

Le fantôme à dissiper, c'est évidemment la fiction de personnalité.

269. Notre opinion. Ce n'est certes qu'une fiction sans consistance; nous l'avons fait voir précédemment. Ce n'est qu'une notion conventionnelle, utilement acceptée pour caractériser l'unité, la continuité du pouvoir et le caractère *impersonnel*, collectif ou national, de ses droits et attributions.

La personnalité de l'Etat, n'existe pas.

Les seuls et réels titulaires de la puissance publique, sont les individus en chair et en os, qui en exercent les pouvoirs et *les exercent en leur nom, pour le bien du pays.*

Les organes de la souveraineté, il n'y en a pas d'autres, sont donc les citoyens — agissant isolément ou collégialement — qui en possèdent les attributions et les prérogatives diverses.

A eux seuls appartiennent les droits de puissance publique ou de souveraineté, ainsi que les droits civils de nature particulière, dont les choses domaniales sont l'objet.

Mais il est permis — par voie d'abstraction scientifique — de considérer unitairement cette masse de citoyens, de la considérer aussi dans le temps comme continuant par suc-

(61) *Jellineck.* System der öffentlichen subjectiven Rechte 1893, p. 24 ss. Algemeine Staatslehre 1900, p. 121 à 160. *Duguit* I, p. 241.

cession ininterrompue, et comme en possession de droits et de pouvoirs, de nature publique ou impersonnelle, qui s'exercent exclusivement dans l'intérêt collectif, et jamais privativement au profit de leurs titulaires.

Pour exprimer cette unité, cette continuité, ce caractère impersonnel, l'idée a paru bonne et utile d'individualiser cette masse de citoyens, d'y voir un être juridique incarnant l'autorité souveraine une et permanente, dont alors apparaissent comme les membres et les organes, ceux-là même qui en exercent les droits.

Mais ce n'est là qu'une formule, qu'un symbole conventionnel ; en fait, c'est toujours devant les gouvernants et les électeurs, en chair et en os, que l'on se trouve ; c'est aux individus humains, que l'on a à faire et l'on ne doit jamais l'oublier, quels que soient les problèmes et les difficultés qui s'offrent à résoudre.

En conséquence, il y aura lieu de distinguer les cas ou ces individus agissent personnellement, privativement, et les cas où ils agiront en qualité d'organes, *ex officio*, c'est-à-dire dans l'exercice des droits d'autorité, des pouvoirs de gestion qui leur appartiennent.

Quand les individus-organes, pour exercer ces droits et ces pouvoirs, ont à se réunir et à délibérer, l'on dit que l'organe a une forme collégiale (62) ; c'est la volonté de la majorité qui l'emporte, qui devient la volonté de l'organe collégial lui-même et par conséquent de la personne morale, imaginée pour mieux expliquer le rôle joué par ce groupe de citoyens et marquer la nature des droits, dont ils sont titulaires.

Ces principes serviront à résoudre les problèmes de responsabilité. (Voir notre tome II).

(62) *Michoud*, I, p. 145. — Généralement on ne personnifie pas l'organe collégial. On ne dit pas que le conseil communal est une personne, mais un organe de la commune individualisée. Pourtant la législation anglaise procède différemment : elle affirme plutôt la capacité de certains collèges.

M. Michoud (63), admet qu'il peut y avoir plusieurs organes d'une même individualité juridique, et qu'il peut y avoir entre eux, non seulement diversité d'attributions, mais aussi rapports de subordination et de hiérarchie. C'est d'évidence. Retournons les choses : il y a des citoyens hiérarchiquement subordonnés et pourvus de fonctions diverses ; ils doivent exercer leurs fonctions et leurs pouvoirs, comme s'ils n'étaient qu'un, car le commandement ne comporte ni contradiction, ni division. C'est précisément pour marquer cette indispensable unité dans le commandement, que l'on individualise la puissance unique de l'Etat et qu'on lui donne abstractivement pour membres ou pour organes, les citoyens et collèges de citoyens, chargés d'en exercer harmoniquement les attributions multiples et diverses,

270. Droit à la qualité d'organe.

Remarquons que M. *Michoud* (64) n'hésite pas à reconnaître aux électeurs non seulement la qualité d'organes, mais le droit individuel à cette qualité.

Il n'admet pourtant pas l'existence juridique de la nation, ni l'idée d'une nation personne, distincte de l'Etat, déléguant sa souveraineté, ni davantage la qualification d'organe pour la nation elle-même. Il regarde le droit électoral comme un véritable droit des citoyens parce qu'il leur est reconnu « dans leur » propre intérêt, pour qu'ils puissent faire triompher dans » le gouvernement leurs idées et leurs désirs ». Cette opinion de *M. Michoud* ne nous déplaît pas. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce sujet (tome II), et notre conclusion sera en faveur de la nature mixte du droit de suffrage, auquel il est impossible dans notre civilisation de refuser le double caractère de droit personnel et de fonction sociale.

(63) I, p. 146.

(64) *La personnalité morale*, I, p. 287.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION GÉNÉRALE.

AVANT-PROPOS.

CHAPITRE III.

HISTOIRE SOMMAIRE DES DOCTRINES POLITIQUES.

§ 1. *L'Antiquité.*

§ 2. *Le Moyen-Age.*

§ 3. *Les temps modernes.*

§ 4. *Les Sciences politiques au XIXe siècle.*

CHAPITRE IV.

ORIGINES ET SOURCES DU DROIT CONSTITUTIONNEL BELGE.

§ 1. *L'Ancien régime.*

§ 2. *Les institutions anglaises.*

PREMIÈRE PARTIE.

LES THÉORIES FONDAMENTALES.

Considérations et définitions préliminaires.

Chapitre I.

LA SOCIÉTÉ POLITIQUE OU L'ÉTAT (sensu lato).

§ 1. *Le concept de l'Etat* (sensu lato).

§ 2. *Origine et formation de l'Etat* (sensu lato).

§ 3. *L'idée de l'Etat* (sensu lato).

CHAPITRE II.

LA THÉORIE DES DROITS INDIVIDUELS.

§ 1. *Fondement, Notion et Division des Droits.*

§ 2. *Des Droits civils.*

§ 3. *Des Droits politiques.*

§ 4. *Des Droits publics.*

CHAPITRE III.

L'ÉTAT-POUVOIR OU L'ÉTAT (sensu stricto).

§ 1. *L'Etat* (sensu stricto). — *Sa nécessité.* — *Sa mission.* — *Son idée.*

§ 2. *Siége et délation du pouvoir.*

§ 3. *Les attributs de l'Etat-pouvoir. — La Souveraineté nationale.*

I. La Souveraineté.

Evolution de la notion de souveraineté.

Définition de la souveraineté.

Caractères de la souveraineté.

II. Le caractère national de l'Etat ou la souveraineté nationale.

III. L'individualité juridique de l'Etat.

Individualité civile de l'Etat.

Individualité publique de l'Etat.

CHAPITRE IV.

LA THÉORIE DES CONSTITUTIONS ÉCRITES.

§ 1. *Origines et avantages des constitutions écrites.*

§ 2. *Inviolabilité de la Constitution.*

§ 3. *Contenu de la Constitution.*

CHAPITRE V.

LA THÉORIE DES POUVOIRS.

INTRODUCTION.

§ 1. *Historique de la division des pouvoirs.*

De l'ancienne confusion des pouvoirs dans les institutions publiques.

Origines doctrinales du principe de division.

§ 2. *Interprétation du principe de Montesquieu.*

§ 3. *Justification du principe de Montesquieu.*

§ 4. *Notion et classement des pouvoirs.*

§ 5. *De la division des pouvoirs en constituant et constitués.*

CHAPITRE VI.

LES FORMES ET LES ORGANES DE L'ÉTAT.

§ 1. *Classement des formes de l'Etat.*

§ 2. *Le principe des formes mixtes.*

§ 3. *Les termes actuels du problème des formes de l'Etat.*

§ 4. *La notion d'organes.*





